

# **Die angemessene Vergütung ausübender Künstler im digitalen Zeitalter**

Lösungen *de lege lata* und *de lege ferenda*  
unter besonderer Berücksichtigung des  
Musik- und Filmbereichs

Dissertation  
zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte  
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät  
der Universität Bayreuth

Vorgelegt  
von  
Armelle Grandjean

aus  
München

Dekan:	Prof. Dr. Jörg Schlüchtermann
Erstberichterstatte:	Prof. Dr. Michael Grünberger
Zweitberichterstatte:	Prof. Dr. Gunda Dreyer

Tag der mündlichen Prüfung: 7. Mai 2021

## INHALTSVERZEICHNIS

<b>EINLEITUNG .....</b>	<b>1</b>
-------------------------	----------

I. FORSCHUNGSGEGENSTAND „DIGITALE BÜHNE“ .....	1
II. FORSCHUNGSFRAGE: ANGEMESSENE VERGÜTUNG ZWISCHEN VERTRAG UND GESETZ .....	5
III. FORSCHUNGSSTAND .....	9
IV. METHODEN UND GANG DER UNTERSUCHUNG .....	12

### KAPITEL 1

<b>DER GRUNDSATZ ANGEMESSENER BETEILIGUNG IM INTERPRETENRECHT .....</b>	<b>15</b>
---	-----------

I. VORAUSSETZUNGEN DES KÜNSTLERISCHEN LEISTUNGSSCHUTZES NACH § 73 URHG .....	15
<b>1. Werk oder Ausdrucksform der Volkskunst .....</b>	<b>16</b>
<b>2. Darbietung oder künstlerische Mitwirkung hieran .....</b>	<b>18</b>
a) Darbietung .....	18
b) Künstlerische Mitwirkung .....	20
c) Zwischenergebnis .....	23
<b>3. Zusammenfassung .....</b>	<b>24</b>
II. EINHEITLICHES INTERPRETENRECHT (MONISTISCHE THEORIE) .....	24
III. VERFASSUNGSRECHTLICHE GRUNDLAGEN .....	25
IV. § 11 S. 2 URHG ALS BETEILIGUNGSGRUNDSATZ MIT LEITBILDFUNKTION .....	27
V. ANWENDBARKEIT DES BETEILIGUNGSGRUNDSATZES AUF AUSÜBENDE KÜNSTLER .....	29
<b>1. Wortlaut, Systematik und Historie .....</b>	<b>30</b>
<b>2. Teleologische, richtlinien- und konventionskonforme Auslegung .....</b>	<b>30</b>
<b>3. Stellungnahme und Anregung de lege ferenda .....</b>	<b>31</b>
<b>4. Zusammenfassung .....</b>	<b>32</b>
VI. AUSSCHLIEßLICHKEITSRECHTE UND VERGÜTUNGSANSPRÜCHE ALS AUSPRÄGUNGEN DER VERWERTUNGSRECHTE .....	33
<b>1. Die pentagonale Interessendivergenz .....</b>	<b>34</b>
<b>2. Ersetzung von Verbotsrechten durch gesetzliche Vergütungsansprüche .....</b>	<b>35</b>
<b>3. Dogmatik und Vorteile einer gesetzlichen Vergütung .....</b>	<b>38</b>
<b>4. Zusammenfassung .....</b>	<b>40</b>
VII. ERGEBNIS .....	40

### KAPITEL 2

<b>VON AUSSCHLIEßLICHKEITSRECHTEN AUSÜBENDER KÜNSTLER UMFASSTE ONLINE-NUTZUNGSARTEN .....</b>	<b>43</b>
---	-----------

I. DIE KÖRPERLICHE VERWERTUNG (§ 77 URHG) .....	44
<b>1. Aufnahmerecht (§ 77 Abs. 1 UrhG) .....</b>	<b>46</b>
a) Tatbestand .....	47
b) Bedeutung im Online-Bereich .....	48

2. <b>Vervielfältigungsrecht (§ 77 Abs. 2 S. 1 Var. 1 UrhG)</b> .....	49
a) Tatbestand .....	49
b) Einordnung von Streaming und Download.....	50
3. <b>Verbreitungsrecht (§ 77 Abs. 2 S. 1 Var. 2 UrhG)</b> .....	51
a) Tatbestand .....	51
b) Vermietrecht .....	52
c) Verleihrecht.....	53
d) Keine Anwendbarkeit im Online-Bereich .....	54
4. <b>Zusammenfassung</b> .....	55
II. DIE UNKÖRPERLICHE VERWERTUNG (§ 78 URhG).....	55
1. <b>Recht der öffentlichen Zugänglichmachung (§ 78 Abs. 1 Nr. 1 UrhG)</b> .....	59
a) Tatbestand .....	60
b) Abgrenzung zum Senderecht .....	60
c) Einzelfälle .....	64
(1) Filesharing, Podcasting, Sharehosting, On-Demand-Download .....	64
(2) On-Demand-Streaming.....	65
(3) Shift-TV .....	66
(4) Pull-Dienste .....	66
(5) Personalisierte Internetradio- oder Streamingdienste.....	66
2. <b>(Eingeschränktes) Senderecht (§ 78 Abs. 1 Nr. 2 UrhG)</b> .....	67
a) Tatbestand .....	68
b) Einzelfälle .....	69
(1) Live-Streaming .....	69
(2) Near-on-Demand-Dienste (Multicasting).....	70
(3) Push-Dienste .....	71
(4) Personalisierte Internetradio- oder Streamingdienste.....	72
3. <b>(Eingeschränktes) Recht der öffentlichen Wahrnehmbarmachung (§ 78 Abs. 1 Nr. 3 UrhG)</b> .....	72
a) Tatbestand .....	72
b) Abgrenzung des Raumes.....	73
4. <b>Zusammenfassung</b> .....	74
III. ROLLE DER VERWERTUNGSGESELLSCHAFTEN .....	75
IV. ERGEBNIS .....	76

## KAPITEL 3

<b>DER INTERPRETENVERTRAGSRECHTLICHE MECHANISMUS UND SEINE DEFIZITE IM DIGITALZEITALTER</b> .....	77
---	----

I. EINSCHRÄNKUNG DER PRIVATAUTONOMIE BEI GESTÖRTER VERTRAGSPARITÄT AUFGRUND STRUKTURELLEN UNGLEICHGEWICHTS .....	78
II. ANSPRUCHSGRUNDLAGEN (§ 79 ABS. 2A I.V.M. § 32 ABS. 1 URhG).....	80
III. ANGEMESSENHEIT DER VERGÜTUNG (§ 79 ABS. 2A I.V.M. § 32 URhG).....	82
1. <b>Kollektives Interpretenvertragsrecht</b> .....	83
a) Tarifverträge.....	84
(1) §§ 59, 68, 80, 93 NV Bühne bzw. § 9 TVK .....	85
(a) Sondervergütung .....	86
(b) Wiederholungsvergütungen (nur NV Bühne).....	88
(c) Keine Vergütung bei Reportagesendungen .....	89

(d) Keine Vergütung bei Verwertung für theater- bzw. orchestereigenen Gebrauch (einschließlich Werbezwecken) .....	90
(e) Abweichende arbeitsvertragliche Regelung (nur NV Bühne) .....	90
(2) Haustarifverträge: Medienzulage .....	91
(3) Bedeutung im Filmbereich .....	92
(a) Tarifvertrag für auf Produktionsdauer beschäftigte Film- und Fernsehschaffende .....	92
(b) Ergänzungstarifvertrag Erlösbeteiligung Kinofilm einschließlich Verteilungstarifvertrag .....	93
b) Gemeinsame Vergütungsregeln (GVR) i.S.d. § 36 UrhG .....	95
(1) Bedeutung im Filmbereich .....	97
(2) Verhältnis zu Tarifverträgen .....	98
c) Zwischenergebnis .....	101
<b>2. Individuelles Interpretenvertragsrecht: Üblichkeit und Redlichkeit</b> .....	102
a) Tatbestand: Unbestimmte Rechtsbegriffe .....	103
b) Künstlerverträge .....	105
(1) Künstlerexklusivvertrag .....	106
(2) Künstlerquittung .....	107
c) Europarechtliche Vorgaben .....	108
<b>3. Verhältnis zwischen §§ 32 ff. UrhG und § 43 UrhG</b> .....	110
a) Regelung des § 43 UrhG .....	111
b) Anwendbarkeit von § 32 UrhG auf Arbeitnehmerkünstler .....	112
c) Abgeltungs- versus Trennungstheorie .....	113
<b>4. Zusammenfassung</b> .....	116
IV. DEFIZITE DER VERTRAGLICHEN LÖSUNG – MARKTVERSAGEN .....	116
<b>1. Transaktionskostenökonomik</b> .....	118
<b>2. Verhaltensökonomik</b> .....	119
<b>3. Wohlfahrtsökonomik</b> .....	120
<b>4. Zusammenfassung</b> .....	122
V. GESETZLICHE INSTRUMENTE ZUR STÄRKUNG DER VERTRAGLICHEN ANSPRÜCHE .....	122
<b>1. Weitere angemessene Beteiligung (§ 79 Abs. 2a i.V.m. § 32a Abs. 1 UrhG)</b> .....	123
a) Funktion und Rechtsnatur .....	123
b) Verhältnis zu anderen Vorschriften .....	124
c) Tatbestand: Auffälliges Missverhältnis .....	126
d) Anwendungsfälle in den Bereichen Film und Musik .....	131
(1) Kammergericht – „Fluch der Karibik II“ .....	131
(2) OLG München – „Elvis Presley“ .....	132
e) Gemeinsame Vergütungsregeln .....	133
(1) Gemeinsame Vergütungsregeln Synchron einschließlich Verteilungsschema .....	134
(2) Gemeinsame Vergütungsregeln mit „Netflix“ .....	135
f) Zwischenergebnis .....	136
<b>2. Flankierende Mechanismen zur Absicherung der vertragsrechtlichen Vergütungsansprüche</b> .....	137
a) Auskunftsansprüche bzw. -pflichten .....	137
b) Verbandsklagerecht und alternative Streitbeilegung .....	139
c) Vergütungsanspruch der ausübenden Künstler gegenüber den Tonträgerherstellern (§ 79a UrhG) .....	142
(1) Pauschale Vergütung durch Buy-out-Verträge (§ 79a Abs. 1 S. 1 UrhG) .....	143
(2) Wiederkehrende Vergütung (§ 79a Abs. 5 UrhG) .....	146
d) Zwischenergebnis .....	147

<b>3. Vergütung des ausübenden Künstlers für später bekannte Nutzungsarten</b> <b>(§ 79b UrhG)</b> .....	147
a) Beseitigung einer verfassungswidrigen Ungleichbehandlung .....	148
b) Rechtsnatur, Tatbestand und Rechtsfolge.....	149
c) Problem der Haftung bei Rechtseinräumung .....	150
d) Zwischenergebnis .....	151
<b>4. Zusammenfassung</b> .....	151
<b>VI. ERGEBNIS</b> .....	152

## KAPITEL 4

### GESETZLICHE VERGÜTUNGSANSPRÜCHE AUSÜBENDER KÜNSTLER BEI DIGITALEN NUTZUNGSHANDLUNGEN ..... 155

<b>I. VERWERTUNGSGESELLSCHAFTSPFLICHTIGES AUSSCHLIEßLICHKEITSRECHT</b> .....	155
<b>1. Kabelweiterleitung (§ 78 Abs. 4 i.V.m. § 20b Abs. 1 S. 1 UrhG)</b> .....	156
<b>2. Reichweite: Anwendbarkeit im Online-Bereich</b> .....	157
<b>3. Zusammenfassung</b> .....	157
<b>II. KABELWEITERLEITUNG (§ 78 ABS. 4 I.V.M. § 20B ABS. 2 S. 1 URHG)</b> .....	158
<b>1. Tatbestand</b> .....	158
<b>2. Reichweite: Anwendbarkeit im Online-Bereich</b> .....	159
<b>3. Funktion</b> .....	160
<b>4. Zusammenfassung</b> .....	161
<b>III. VERMIETUNG (§ 77 ABS. 2 S. 2 I.V.M. § 27 ABS. 1 S. 1 URHG)</b> .....	161
<b>1. Keine direkte Anwendung auf Online-Streaming</b> .....	164
a) Tatbestand: Begriff des „Vermietens“ .....	165
b) Auslegung durch den EuGH .....	165
<b>2. Analoge Anwendung auf Online-Streaming</b> .....	167
a) Planwidrige Regelungslücke .....	167
b) Vergleichbarkeit der Sachverhalte .....	168
<b>3. Lösung de lege ferenda</b> .....	169
a) Direktvergütungsanspruch gegen Plattformbetreiber.....	170
b) Vorbild Schweiz.....	173
<b>4. Zusammenfassung</b> .....	174
<b>IV. VERLEIHEN (§ 77 ABS. 2 S. 2 I.V.M. § 27 ABS. 2 S. 1 URHG)</b> .....	174
<b>1. Tatbestand und Funktion</b> .....	175
<b>2. Reichweite: Analoge Anwendung auf Online-Streaming</b> .....	178
<b>3. Zusammenfassung</b> .....	179
<b>V. § 78 ABS. 2 URHG</b> .....	180
<b>1. Sendung (§ 78 Abs. 2 Nr. 1 UrhG)</b> .....	181
<b>2. Öffentliche Wahrnehmbarmachung von Bild- oder Tonträgern</b> <b>(§ 78 Abs. 2 Nr. 2 UrhG)</b> .....	183
<b>3. Öffentliche Wahrnehmbarmachung von Sendung oder öffentlicher</b> <b>Zugänglichmachung (§ 78 Abs. 2 Nr. 3 UrhG)</b> .....	183
<b>4. Zusammenfassung</b> .....	184
<b>VI. ROLLE DER VERWERTUNGSGESELLSCHAFTEN</b> .....	185
<b>1. Kollektive Rechtswahrnehmung im Digitalzeitalter</b> .....	185
<b>2. Herausforderungen bei der Verteilung</b> .....	189
<b>3. Verteilungsplan der GVL</b> .....	190
<b>4. Zusammenfassung</b> .....	192

VII. SYSTEMATISIERUNG DER GESETZLICHEN VERGÜTUNGSANSPRÜCHE.....	192
1. <i>Vergütungsansprüche neben Ausschließlichkeitsrechten</i> .....	193
2. <i>Vergütungsansprüche an der Stelle von Ausschließlichkeitsrechten</i> .....	194
VIII. ERGEBNIS .....	195

## KAPITEL 5

VERGÜTUNGSANSPRÜCHE AUSÜBENDER KÜNSTLER BEI GESETZLICH ERLAUBTEN DIGITALEN NUTZUNGSHANDLUNGEN .....	197
--	-----

I. TATBESTÄNDE (§ 83 I.V.M. §§ 45A Abs. 2, 45C Abs. 4, 46 Abs. 4, 47 Abs. 2 S. 2, 52, 54 Abs. 1, 60H Abs. 1 S. 1 URhG) UND DIGITALE NUTZUNGSHANDLUNGEN .....	198
II. REICHWEITE UND FUNKTION .....	202
1. <i>Anwendbarkeit von § 24 UrhG im Interpretenrecht</i> .....	202
2. <i>Neue Schrankenregelungen infolge europäischer Rechtsprechung und Gesetzgebung</i> .....	205
a) Allgemeine Schranke für Parodie, Karikatur und Pastiche.....	205
b) Vergütungspflicht von Diensteanbietern im Sinne der DSM-Richtlinie .....	207
c) <i>de minimis</i> -, „Schranke“.....	208
3. <i>Zusammenfassung</i> .....	210
III. ROLLE DER VERWERTUNGSGESELLSCHAFTEN .....	210
IV. ERGEBNIS .....	211

FAZIT.....	213
------------	-----

I. ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE .....	213
1. <i>Branchenspezifische Lösungen</i> .....	214
2. <i>Stärkung der Verwertungsgesellschaften</i> .....	215
II. AUSBLICK .....	216
1. <i>Modell gesetzlicher Vergütungsansprüche als Vorbild für Urheberrecht</i> .....	216
2. <i>Bündelung von Urheber- und Leistungsschutzrechten</i> .....	217
3. <i>Alternative technische Möglichkeiten</i> .....	218

LITERATURVERZEICHNIS .....	VII
----------------------------	-----





## Einleitung

### I. Forschungsgegenstand „Digitale Bühne“

In den letzten zehn Jahren hat neben der Europäisierung vor allem das Phänomen der Digitalisierung maßgeblich zur Weiterentwicklung des Urheberrechts beigetragen.<sup>1</sup> Die fortschreitende Digitalisierung hat dabei auch einen großen Einfluss auf die Musik- und Filmbranche. Während die Verkaufszahlen von CDs und DVDs stetig sinken, gibt es immer mehr Dienste wie etwa „Netflix“, „Maxdome“, „Amazon Prime Video“, „Google Play Filme“ oder zuletzt „Disney+“ im audiovisuellen Sektor sowie „Spotify“, „Deezer“, „Amazon Prime Music“, „Google Play Music“ und „Apple Music“ im Audio-Bereich, die zu einem deutlich günstigeren Preis entsprechende Angebote zum Streaming und/oder Download bereithalten.

Der Gesamtumsatz der Musikwirtschaft in Deutschland betrug im Jahr 2018<sup>2</sup> 1,582 Mrd. Euro und blieb damit relativ stabil (0,4% weniger als im Vorjahr). Davon sind 897 Mio. Euro dem digitalen Geschäft zuzuordnen, was einem Plus gegenüber dem Vorjahr von 21,2% und einem Anteil am Gesamtumsatz von 56,7% entspricht. Damit ist 2018 erstmals auch in Deutschland mehr Umsatz mit digitalen Angeboten als mit physischen Tonträgern generiert worden. Innerhalb des Digitalsektors entfällt mit 734 Mio. Euro (plus 33,5%) der Löwenanteil auf das Streaming, das damit knapp die Hälfte (46,4%) des Gesamtumsatzes ausmacht. Die mit Downloads erzielten Einnahmen sind dagegen um ein Fünftel (minus 21,2%) zurückgegangen auf 41 Mio. Euro und entsprechen damit nur noch einem Anteil von 7,8% am Gesamtumsatz. Einem Restanteil von 2,6% sind sonstige digitale Angebote mit einer Steigerung von 21,1% auf 41 Mio. Euro zuzuordnen.

---

<sup>1</sup> Vgl. nur *Grünberger*, ZUM 2017, 89; ähnlich bereits zur Jahrtausendwende *Bünke*, S. 113 (Internationalisierung und neue Verwertungstechniken im Zuge von elektronischer Datenverarbeitung, Digitalisierung und Vernetzung); *Jaeger*, S. 16 (Bedeutung von Digital- und Netzwerktechnik).

<sup>2</sup> Zu den folgenden Zahlen siehe Bundesverband Musikindustrie (Hrsg.): e-Paper: Musikindustrie in Zahlen 2018, abrufbar unter [https://www.musikindustrie.de/fileadmin/bvmi/upload/02\\_Markt-Bestseller/MiZ-Grafiken/2018/BVMI\\_ePaper2018.pdf](https://www.musikindustrie.de/fileadmin/bvmi/upload/02_Markt-Bestseller/MiZ-Grafiken/2018/BVMI_ePaper2018.pdf) (zuletzt abgerufen am 13.12.2020), Umsatz, S. 6–13.

Daneben gibt es auch gänzlich kostenfreie Angebote, insbesondere etwa in den Mediatheken der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, aber auch auf meist werbefinanzierten Plattformen wie „YouTube“, die zudem die Besonderheit aufweisen, dass die Inhalte nicht von der Plattform selbst stammen, sondern von anderen Nutzern hochgeladen werden (sogenannter „*User Generated Content*“ – UGC). Solche Diensteanbieter zum Teilen von Online-Inhalten sind Gegenstand der 2019 nach langer und kontroverser Debatte verabschiedeten Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt (DSM-RL).<sup>3</sup>

Insbesondere das kostenlose Online-Streaming, bei dem die Gegenleistung allerdings in der Preisgabe von Daten bestehen kann, scheint aus Nutzerperspektive ein Segen des digitalen Zeitalters zu sein und hat zu der Entwicklung einer Zugangs- und Partizipationskultur durch das Internet beigetragen. Zwar können auch die Kreativen von den neu eröffneten Möglichkeiten der Verwertung, insbesondere durch deren größere Reichweite, profitieren, diese stellen sie jedoch auch vor zahlreiche Schwierigkeiten. So wird wegen des durch die technische Entwicklung bedingten zunehmenden Kontrollverlusts<sup>4</sup> häufig beklagt, dass ihre angemessene Vergütung nicht mehr gesichert ist.<sup>5</sup> Weitere Herausforderungen im Digitalzeitalter resultieren aus dem Massengeschäft und dem grenzüberschreitenden Charakter der Nutzung.<sup>6</sup> Kann diesen Problemen nicht wirksam begegnet werden, hätte dies letztlich eine negative Ausstrahlungswirkung auf die gesamte Gesellschaft (vgl. auch Erwägungsgrund 11 der Schutzdauer-RL<sup>7</sup>). Denn der Schutz der Kreativen schafft auch Anreiz für Innovation und Kreativität und dient damit dem Ziel der Wahrung und Förderung der kulturellen Vielfalt in Europa (vgl. nur Erwägungsgründe 11 und 12 der InfoSoc-RL<sup>8</sup> sowie Erwägungsgrund 2 der DSM-RL).

---

<sup>3</sup> Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG, ABl. L 130 v. 17.5.2019, S. 92.

<sup>4</sup> Vgl. nur *Flehsig*, ZGE/IPJ 2011, 19, 23; *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, Vor §§ 73 ff. Rn. 12; *Ohly*, in: *Riesenhuber*, S. 169, 173; *Rosbach*, S. 211, 321 ff.; *Stickelbrock*, GRUR 2001, 1087, 1088; *Zwengel*, S. 26 f.

<sup>5</sup> Zur Einkommenssituation der selbständigen Kreativen siehe etwa *Metzger*, in: *Obergfell*, S. 37, 38 f.

<sup>6</sup> Vgl. nur *Dreier*, CR 2000, 45; *Flehsig*, ZGE/IPJ 2011, 19, 30; *Stöhr*, S. 23.

<sup>7</sup> Richtlinie 2006/116/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über die Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte (kodifizierte Fassung), ABl. L 372 v. 27.12.2006, S. 12.

<sup>8</sup> Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. L 167 v. 22.6.2001, S. 10.

Im Musikbereich beschränkt sich diese Tendenz längst nicht mehr auf die sogenannte U-Musik (Unterhaltungsbranche). Auch immer mehr Theater und Orchester stellen ausgewählte Aufführungen – nur in Einzelfällen gegen Entgelt – als Livestream oder auch als Audio-/Video-on-Demand auf ihrer Website zur Verfügung. Daneben gibt es spezielle Dienste wie die kostenpflichtige „Digital Concert Hall“ der Berliner Philharmoniker<sup>9</sup> oder die kostenfreie Online-Plattform „The Opera Platform“<sup>10</sup>, mittlerweile ersetzt durch „OperaVision“<sup>11</sup>. An diesem von der Europäischen Kommission geförderten Projekt beteiligen sich mehrere Theater verschiedener Länder, indem sie ausgewählte Aufführungen auf der Plattform zur Verfügung stellen. Auch der deutsch-französische Kultursender Arte ist insofern beteiligt, als er gegen die Erbringung gewisser Dienstleistungen, etwa auch die Gewährung von Zuwendungen für die Herstellung zusätzlicher europäischer Sprachfassungen, die Produktionen über *arte concert* nutzen kann.<sup>12</sup>

„Die Plattform bietet auf ihrer Website und über eine App Live- und On-Demand-Streams musikalischer Bühnenwerke an, die für die Dauer von bis zu sechs Monaten verfügbar sind. Die Verweildauer bei ARTE beträgt einen Monat, wobei die Streams nicht für die Fernsehprogramme des Senders bestimmt sind. Die Angebote sind für Nutzer kostenfrei und erfordern weder eine Registrierung noch ein Abonnement. Insofern legt *The Opera Platform* mit dem Engagement für das Musiktheater, der Einbeziehung von ARTE und dem nutzerfreundlichen Service eine durchaus gelungene Konzeption vor.“<sup>13</sup>

Bei all diesen Erscheinungsformen einer „digitalen Bühne“ stellt sich zwar die durchaus berechtigte Frage ihres künstlerischen Mehrwerts. Umstritten ist insbesondere, ob durch zusätzliche mediale Angebote, wie etwa auch bereits durch Opernübertragungen im Kino, ein neues Publikum gewonnen werden kann.<sup>14</sup> Von manchen Seiten wird sogar die Befürchtung geäußert, dass Online-

---

<sup>9</sup> <https://www.digitalconcerthall.com/de/home> (zuletzt abgerufen am 13.12.2020).

<sup>10</sup> Siehe hierzu die Beiträge in *Die deutsche Bühne*, Heft 6/2015, Schwerpunkt: Geht Theater auch digital?, S. 38–70.

<sup>11</sup> <https://operavision.eu/de> (zuletzt abgerufen am 13.12.2020); siehe hierzu auch <https://operavision.eu/de/ueber-das-projekt>; <http://www.opera-europa.org/de/operavision> (jeweils zuletzt abgerufen am 13.12.2020).

<sup>12</sup> Vgl. Ehrhardt, ZUM 2015, 971, 972.

<sup>13</sup> Ehrhardt, in: FS Schulze, S. 243, 245.

<sup>14</sup> Vgl. nur Reuband, S. 223, 225.

Angebote die Nutzer von einem Besuch der Live-Aufführung abhalten könnten.<sup>15</sup> Dies soll jedoch im Folgenden ausgeblendet werden. Im Ergebnis wird wohl weder ein neues Publikum gewonnen, noch findet eine Substitution etwa des Opernpublikums durch das Kinopublikum statt, vielmehr kann man von einer „Verstärkung bestehender kultureller Aktivitäten“<sup>16</sup> oder „Erweiterung des Repertoires kultureller Teilhabe“<sup>17</sup> sprechen. Zuletzt hat sich die Bedeutung solcher Angebote in der Corona-Krise gezeigt, als zum ersten Mal in der Geschichte der Kulturnation Deutschland zu Friedenszeiten sämtliche Theater und Orchester für mehrere Wochen für Besucher geschlossen wurden und alternative Online-Spielpläne die Kunst ins eigene Wohnzimmer brachten.

Jedenfalls wird sich dieses Phänomen in Zukunft bei fortschreitender Digitalisierung mutmaßlich weiter verstärken, weshalb es umso wichtiger ist, die rechtlichen Rahmenbedingungen der genannten Erscheinungsformen zu untersuchen und erforderlichenfalls anzupassen. Dabei ist das Recht der ausübenden Künstler in besonderem Maße mit der technologischen Entwicklung des 19. und 20. Jahrhunderts verbunden.<sup>18</sup>

„Wie *Johannes Gutenberg* mit der Erfindung des Buchdrucks die Entwicklung des Urheberrechts bestimmte, so forderte *Thomas Alva Edison* mit der Erfindung des Phonographen die Entwicklung der Rechte ausübender Künstler heraus.“<sup>19</sup>

Nach der ersten Möglichkeit der Fixierung einer Darbietung durch Erfindung der Schallplatte wurden knapp 100 Jahre später auch deren Übertragbarkeit, Aufzeichnung und Wiederholung möglich, „elektronische Datenautobahn“, Digitalisierung, verbesserte Aufnahmetechniken und länger haltbare Träger taten ihr übriges.<sup>20</sup> Durch die so entstandenen neuen Verwertungsmöglichkeiten wurde nach einer Ansicht wie erwähnt der Besuch einer Live-Aufführung entbehrlich, außerdem hat diese Entwicklung Konsequenzen für Vermietung und Verleih, und dabei insbesondere Auswirkungen auf die ausübenden Künstler, die nun weniger

---

<sup>15</sup> Nachweise bei *Ehrhardt*, in: FS Schulze, S. 243, 244 (Fn. 5).

<sup>16</sup> *Reuband*, S. 223, 232.

<sup>17</sup> *Reuband*, S. 223, 242.

<sup>18</sup> Siehe hierzu auch *Grünberger*, Rn. 2, 6; *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, Vor §§ 73 ff. Rn. 12 f.

<sup>19</sup> *Beining*, S. 17.

<sup>20</sup> *Beining*, S. 17; siehe auch *Ohly*, Gutachten F, S. 9 ff.

Einnahmen durch Abgaben aus der Videoverwertung zu verbuchen haben.<sup>21</sup> Mit den oben genannten Technologien ist nun eine neue Entwicklungsstufe erreicht. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sind gleichermaßen audiovisuelle und Audio-Angebote zum Streaming oder Download, seien sie kostenpflichtig oder kostenfrei. Es sollen branchenübergreifend die ausübenden Künstler im Musik- und Filmbereich vergleichend in den Blick genommen werden, unabhängig davon ob es sich um Arbeitnehmer oder freie Dienstverpflichtete handelt.

Bezüglich der Untersuchungsobjekte finden sich dabei zwei gleichermaßen etablierte Begriffe: Das UrhG spricht von den „ausübenden Künstlern“.<sup>22</sup> Teilweise synonym verwendet wird der Begriff des „Interpreten“.<sup>23</sup> Da sich dieser jedoch im alltäglichen Sprachgebrauch strenggenommen nur im Musikbereich durchgesetzt hat, soll im Folgenden (jedenfalls bei branchenübergreifender Betrachtung) vorzugsweise von den ausübenden Künstlern die Rede sein. Soweit allerdings aus sprachlichen Gründen, insbesondere etwa bei Wortzusammensetzungen wie dem „Interpretenvertragsrecht“, auf die andere Bezeichnung zurückgegriffen wird, ist diese gleichbedeutend zu verstehen. Der Oberbegriff der „Leistungsschutzberechtigten“ kommt zur Anwendung, wenn neben den ausübenden Künstlern auch die Tonträgerhersteller gemeint sind. Beziehen sich die Ausführungen dagegen gleichermaßen auf Urheber und ausübende Künstler, nicht aber auf die Verwerter, wird der Oberbegriff der „Kreativen“ verwendet.

## **II. Forschungsfrage: Angemessene Vergütung zwischen Vertrag und Gesetz**

Den genannten vielfältigen Geschäftsmodellen eines Online-Angebots von Musik- und Filminhalten ist gemein, dass sich bei ihnen allen aus der Perspektive der Kreativen vor allem die Frage ihrer angemessenen Beteiligung an den so generierten Einnahmen stellt. Die Forschungsfrage der vorliegenden Untersuchung ist daher, ob die angemessene Vergütung der ausübenden Künstler

---

<sup>21</sup> Vgl. *Beining*, S. 18; siehe hierzu auch die zuletzt rückläufigen Einnahmen der GVL in diesem Bereich bei GVL (Hrsg.): Geschäfts- und Transparenzbericht 2018, abrufbar unter <https://www.gvl.de/sites/default/files/publications/download/gvltb2018webdoppelseitig.pdf> (zuletzt abgerufen am 13.12.2020), S. 10, 13.

<sup>22</sup> Zum Begriff des „ausübenden Künstlers“ siehe auch *Dünnwald/Gerlach*, § 73 Rn. 7.

<sup>23</sup> Vgl. nur *Dünnwald*, UFITA 52 (1969), 49, 87; *Freitag*, S. 29; *Gotzen*, S. 23 f.; *Grünberger*, Rn. 13; *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, Vor §§ 73 ff. Rn. 1; *Jaeger*, S. 154; *Schack*, Rn. 662; *Will-Flatau*, S. 7.

im Informationszeitalter nach der gegenwärtigen Gesetzeslage noch sichergestellt ist oder ob diesbezüglich weiterer Reformbedarf besteht und, wenn letzteres der Fall sein sollte, wie dieser am besten gedeckt werden könnte. Hierbei ist immer das genuine Ziel des Urheberrechts im Blick zu behalten, das darin besteht, einen angemessenen Interessenausgleich zu schaffen, (vgl. nur Erwägungsgrund 31 der Info-Soc-RL, Erwägungsgrund 6 und Art. 18 Abs. 2 DSM-RL). Insbesondere stehen sich Urheber-, Verwerter- und Nutzerinteressen gegenüber, die miteinander in Einklang gebracht werden müssen. Im Recht der ausübenden Künstler verkompliziert sich diese Ausgangslage gleichsam, da noch eine weitere Gruppe hinzukommt.

Das Recht der ausübenden Künstler sieht mit der Regelung eines gesetzlichen Vergütungsanspruchs anstelle von Ausschließlichkeitsrechten bei der Zweitverwertung<sup>24</sup> (etwa im Bereich der Sendung, § 78 Abs. 2 UrhG) zudem ein besonderes Modell vor, welches die Frage nach dem richtigen Verhältnis dieser beiden Instrumente aufwirft, deren Beantwortung wiederum als Vorbild für künftige Regelungen auch im Bereich des Urheberrechts dienen kann. Da sich Verbotsansprüche im Massengeschäft des Digitalzeitalters immer schwerer realisieren lassen, liegt die Annahme nahe, dass das Hauptanliegen der Urheber und ausübenden Künstler, nämlich die Sicherstellung ihrer finanziellen Beteiligung an den Nutzungsvorgängen, durch gesetzliche Vergütungsansprüche besser gewährleistet werden kann.<sup>25</sup> Davon scheint auch der Gesetzgeber auszugehen. So sieht das jüngst zur Umsetzung der DSM-RL verabschiedete Gesetz über die urheberrechtliche Verantwortlichkeit von Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten (Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz – UrhDaG) in § 4 Abs. 3 (i.V.m. § 21 Abs. 2) erstmals einen Direktvergütungsanspruch der Kreativen gegen Diensteanbieter vor, auch wenn sie ihre Rechte einem Dritten, also insbesondere Produzenten, eingeräumt haben. Die genannte Annahme soll daher im Folgenden als Arbeitshypothese für den Bereich der ausübenden Künstler einer eingehenden Verifizierung unterzogen werden. Im Urheberrecht stellt sich grundsätzlich die Frage, ob die angemessene Vergütung der Kreativen im digitalen Zeitalter über eine vertragliche Nutzungserlaubnis, also

---

<sup>24</sup> Vgl. nur *Wandtke*, Urheberrecht, 7. Kap. Rn. 24.

<sup>25</sup> Vgl. etwa *Stickelbrock*, GRUR 2001, 1087, 1088 mit Verweis auf das US-amerikanische Copyright Law; *Stöhr*, S. 17, 30.

Ausschließlichkeitsrechte (*property right*) oder – in einer mutmaßlich „second best world“<sup>26</sup> – über eine gesetzliche Nutzungserlaubnis und damit einhergehende zusätzliche Vergütungsansprüche (*liability rule*) zu erfolgen hat, und wie ein ausgewogenes Verhältnis zwischen diesen beiden Instrumenten hergestellt werden kann.<sup>27</sup> Beim Ausschließlichkeitsrecht sind die Zustimmung des Rechtsinhabers und eine Verhandlung der Vergütung nötig, wohingegen die Nutzung bei der *liability rule* unabhängig von der Zustimmung des Rechtsinhabers erfolgen kann, aber zur Entschädigung einen zwingenden Vergütungsanspruch nach sich zieht.<sup>28</sup>

Die aktuelle gesetzliche Lösung, die – jedenfalls im Recht der Urheber – überwiegend in Ausschließlichkeitsrechten besteht, was zuletzt auch vom Bundesverfassungsgericht noch bestätigt wurde<sup>29</sup>, wird angesichts der neuen, durch die fortschreitende Digitalisierung bedingten Entwicklungen immer häufiger kritisiert. So prophezeite etwa bereits zur Jahrtausendwende *Dreier* eine Verschiebung von der Geltendmachung eines Verbotsrechts zur Zahlung einer angemessenen Vergütung, nicht ohne jedoch zu bedenken zu geben, dass es noch einer eingehenden Diskussion darüber bedürfe, inwieweit einer Reduzierung des Ausschließlichkeitsrechts durch eine „bloße“ *liability rule* Rechnung zu tragen sei.<sup>30</sup> Zu dieser Diskussion versucht die vorliegende Arbeit durch die Untersuchung der spezifischen rechtlichen Situation bei den ausübenden Künstlern einen Beitrag zu leisten.

Zunächst stellt sich dabei die Frage, ob die durch das Gesetz zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern vom 22. März 2002<sup>31</sup> eingefügte Vorschrift des § 11 S. 2 UrhG, welche klarstellt, dass das Urheberrecht auch der Sicherung einer angemessenen Vergütung für die Nutzung des Werkes dient (Beteiligungsprinzip<sup>32</sup>), auch auf ausübende Künstler anzuwenden ist. Dabei handelt es sich zwar nicht um eine direkte

---

<sup>26</sup> Vgl. hierzu *Skupin*, ZUM 2020, 117, 121.

<sup>27</sup> Vgl. etwa *Grünberger*, ZGE/IPJ 2017, 188, 189; *Hilty*, in: Stern/Peifer/Hain, S. 71, 74 ff; zu diesen Begriffen aus der ökonomischen Analyse des Rechts grundlegend *Calabresi/Melamed*, Harvard Law Review, Vol. 85 (1972), S. 1089–1128; siehe auch *Peukert*, ZUM 2003, 1050.

<sup>28</sup> Vgl. auch *Peukert*, ZUM 2003, 1050; *Walter*, in: FS Schulze, S. 185 f.

<sup>29</sup> BVerfGE 142, 74 = ZUM 2016, 626 – Metall auf Metall.

<sup>30</sup> *Dreier*, CR 2000, 45, 46; siehe auch *Bechtold*, in: Hilty/Peukert, S. 67.

<sup>31</sup> Gesetz zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern vom 22.3.2002, BGBl. I, 2002, S. 1155.

<sup>32</sup> Vgl. nur *Schricker/Loewenheim/Peifer*, § 11 Rn. 1.

Anspruchsgrundlage, die Norm hat jedoch Leitbildfunktion bei der Auslegung von Vergütungsansprüchen.<sup>33</sup> Dies betrifft nicht nur Vergütungsansprüche aus dem Urhebervertragsrecht und ist insbesondere für die ausübenden Künstler als regelmäßig strukturell schwächere Partei zur Durchsetzung einer angemessenen Vergütung wichtig.<sup>34</sup>

Daraufhin sind folgende einzelne Fragen zu untersuchen: Welche Online-Nutzungsarten werden von den bestehenden Ausschließlichkeitsrechten der §§ 77, 78 UrhG erfasst und welche Relevanz haben diese Rechte für eine angemessene Vergütung? Wie funktioniert der interpretenvertragsrechtliche Mechanismus, auf der kollektivrechtlichen wie auch auf der individualrechtlichen Ebene, und welche Defizite weist diese Lösung jeweils auf? Zu berücksichtigen ist hier, dass eine Ausdehnung der Ausschließlichkeitsrechte zwar die wirtschaftlichen Interessen der Rechteinhaber (insbesondere der Verwerter als derivative Rechteinhaber) stärkt, nicht unbedingt jedoch die wirtschaftliche Situation der Kreativen.<sup>35</sup> Dies zeigt sich etwa bei der vor allem aus der US-amerikanischen Filmindustrie bekannten Praxis des Buyout. Daher ist zu untersuchen, wie dem entgegengewirkt werden kann. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass interpretenvertragsrechtliche Regelungen mit der DSM-RL jüngst auch erstmals Eingang in das europäische Recht gefunden haben.

Daneben ist eine Vielzahl gesetzlicher Instrumente auf ihre Bedeutung zur Absicherung einer angemessenen Interpretenvergütung sowie ihr Verhältnis zu den Ausschließlichkeitsrechten zu untersuchen. Zum einen handelt es sich dabei um die weiteren im Interpretenvertragsrecht verorteten Regelungen. Zum anderen sind die genuin gesetzlichen Ansprüche in Form einer *liability rule* in den Blick zu nehmen. Hier ist zunächst die verwertungsgesellschaftspflichtige Ausgestaltung eines Ausschließlichkeitsrechts zu nennen, wie dies etwa bei der Kabelweitersendung (§ 20b Abs. 1 UrhG) und künftig nach Art. 4 Abs. 1 Online-SatCab-RL<sup>36</sup> auch in bestimmten Fällen digitaler Sendungen vorgesehen ist.

---

<sup>33</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Peifer, § 11 Rn. 2.

<sup>34</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Peifer, § 11 Rn. 6 f.

<sup>35</sup> Vgl. BGH ZUM 2002, 740, 743 – Elektronischer Pressespiegel; Grünberger, ZUM 2020, 50, 51; ders., ZGE/IPJ 2017, 188, 190; Hilty, GRUR 2005, 819.

<sup>36</sup> Richtlinie (EU) 2019/789 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 mit Vorschriften für die Ausübung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten in Bezug auf bestimmte Online-



Aufgrund des Kontrahierungszwangs nach § 34 VGG liegt hierin faktisch eine Zwangslizenz und damit eine Ersetzung des Ausschließlichkeitsrechts durch einen gesetzlichen Vergütungsanspruch. Daneben gibt es die zwingenden gesetzlichen Vergütungsansprüche, welche *de lege lata* in den Bereichen der Kabelweiterleitung (§ 20b Abs. 2 UrhG), der Vermietung (§ 27 Abs. 1 UrhG), des Verleihs (§ 27 Abs. 2 UrhG) sowie der Sendung (§ 78 Abs. 2 UrhG) gewährt werden. Schließlich wird auch den Interpreten bei bestimmten gesetzlichen Nutzungserlaubnissen, also Schrankenregelungen, eine angemessene Vergütung in Form des „gerechten Ausgleichs“ (vgl. Erwägungsgründe 35 und 36 InfoSoc-RL) zugestanden.

Alle diese gesetzlichen Instrumente sind mit Blick auf ihren Inhalt und ihre Reichweite darauf zu untersuchen, ob sie auch in Zeiten neuer Online-Verwertungen noch eine angemessene Vergütung der ausübenden Künstler gewährleisten. Aufbauend auf den aus der Analyse der gegenwärtigen Rechtslage gewonnenen Erkenntnissen soll jeweils auch untersucht werden, welche Möglichkeiten es *de lege ferenda* zur Sicherstellung der angemessenen Vergütung ausübender Künstler im digitalen Zeitalter gäbe. In den Worten *Dreiers*, die auch nach 25 Jahren nicht an Gültigkeit verloren haben:

„So bleibt kaum etwas anderes übrig, als die vorhandenen gesetzlichen Ansätze des UrhG *de lege lata*<sup>37</sup> auf ihre Anwendbarkeit im digitalen Kontext zu überprüfen und Vorschläge zu ihrer Weiterentwicklung *de lege ferenda*<sup>38</sup> zu entwickeln.“<sup>39</sup>

### III. Forschungsstand

Grundsätzlich stellt die Digitalisierung das Urheberrecht vor große Herausforderungen, was sich auch in der erhöhten Frequenz der Neuauflagen sämtlicher Standardkommentare widerspiegelt. Bislang gibt es durchaus zahlreiche Veröffentlichungen zur angemessenen Vergütung, welche sich aber ganz überwiegend auf das Urhebervertragsrecht und dort auf die Situation der

---

Übertragungen von Sendeunternehmen und die Weiterverbreitung von Fernseh- und Hörfunkprogrammen und zur Änderung der Richtlinie 93/83/EWG des Rates, ABl. L 130 v. 17.5.2019, S. 82.

<sup>37</sup> Hervorh. durch Verf.

<sup>38</sup> Hervorh. durch Verf.

<sup>39</sup> *Dreier*, in: FS Schrickler 1995, S. 193, 215.

Urheber beschränken: Die meisten Untersuchungen zum Urhebervertragsrecht sind dabei im Zuge der erwähnten Urheberrechtsreform des Jahres 2002 ergangen, so etwa die Studien von *Hucko*<sup>40</sup> (2002) sowie speziell zum Buy-out-Vertrag von *Jani*<sup>41</sup> (2003) bzw. zur Preiskontrolle im kollektiven Urheberrecht von *Tolkmitt*<sup>42</sup> (2003). 15 Jahre später ist im Jahre 2017 eine weitere Gesetzesänderung in Kraft getreten<sup>43</sup>, auf die Untersuchungen folgten wie die von *Datta*<sup>44</sup> (2018) mit Schwerpunkt auf den Buy-out-Vertrag im Filmbereich, *Hegener*<sup>45</sup> (2019) zur Konkretisierung der Angemessenheit der Vergütung im individuellen Urhebervertragsrecht und *Leidl*<sup>46</sup> (2019) zu den diesbezüglichen kollektivrechtlichen Instrumenten. Die letztgenannte Reform hat aber insbesondere auch für die ausübenden Künstler einige Neuerungen mit sich gebracht. So gilt etwa nach dem neuen § 79b UrhG die bisher nach § 32c UrhG ausdrücklich nur auf die Urheber anwendbare zusätzliche Vergütung für später bekannte Nutzungsarten nun auch für ausübende Künstler. Weiterer Anpassungsbedarf hat sich zudem im Rahmen der Umsetzung der DSM-RL ergeben. Zwar ist über den Verweis in § 77 Abs. 2 S. 2 UrhG (betreffend die gesetzlichen Vergütungsansprüche aus Vermietung und Verleih, § 27 UrhG) bzw. § 79 Abs. 2a UrhG (hinsichtlich des Urhebervertragsrechts) das Recht der Urheber größtenteils auf die ausübenden Künstler anwendbar. Dennoch gibt es einige wichtige Besonderheiten. So ist insbesondere die Aufzählung der Ausschließlichkeitsrechte der ausübenden Künstler in § 77 UrhG abschließend, wohingegen § 15 Abs. 1 UrhG für die Urheber ein umfassendes Verwertungsrecht vorsieht.<sup>47</sup> Grundsätzlich kann man beobachten, dass der künstlerische Leistungsschutz eine Behandlung lediglich „im Windschatten des Urheberrechts“<sup>48</sup> erfährt. Dies gilt auch für die Rechtsprechung.

---

<sup>40</sup> *Hucko*, Das neue Urhebervertragsrecht, Halle/Saale 2002.

<sup>41</sup> *Jani*, Der Buy-Out-Vertrag im Urheberrecht, Berlin 2003.

<sup>42</sup> *Tolkmitt*, Tauschgerechtigkeit im kollektiven Urheberrecht, Baden-Baden 2003.

<sup>43</sup> Gesetz zur verbesserten Durchsetzung des Anspruchs der Urheber und ausübenden Künstler auf angemessene Vergütung und zur Regelung von Fragen der Verlegerbeteiligung vom 20.12.2016, BGBl. I, 2016, S. 3037.

<sup>44</sup> *Datta*, Die angemessene Vergütung des Urhebers, Tübingen 2018.

<sup>45</sup> *Hegener*, Die angemessene Vergütung im Urhebervertragsrecht, Göttingen 2019.

<sup>46</sup> *Leidl*, Gemeinsame Vergütungsregeln und Tarifverträge, Tübingen 2019.

<sup>47</sup> Vgl. nur Schricker/Loewenheim/*Grünberger*, § 77 Rn. 2.

<sup>48</sup> *Bunte*, S. 13.

Die vorhandene Literatur zur Rechtsstellung der ausübenden Künstler wiederum befasst sich kaum mit den gesetzlichen Vergütungsansprüchen. Dies betrifft vor allem die seit 2000 erfolgten Untersuchungen, etwa von *Beining*<sup>49</sup>, *Bunte*<sup>50</sup>, *Kloth*<sup>51</sup> (jeweils 2000), *Wild*<sup>52</sup> (2001), *Jaeger*<sup>53</sup> (2002), *Brunner*<sup>54</sup> (2004), *Bäcker*<sup>55</sup> (2005, insbesondere zu den Tonträgerherstellern), *Grünberger*<sup>56</sup> (2006), *Breuer*<sup>57</sup> (2007), *Apel*<sup>58</sup> (2011), *Kruse*<sup>59</sup> (2013). Gerade vor dem Hintergrund der weiter fortschreitenden Digitalisierung ist jedoch auch das Instrument der gesetzlichen Vergütungsansprüche ein immer wichtigerer Aspekt. Hier spielt zudem die zunehmende Europäisierung eine große Rolle. So sind die in § 77 UrhG genannten Rechte fast vollständig harmonisiert.<sup>60</sup> Lediglich das Verleihrecht ist bislang nur mindestharmonisiert, wobei der optionale Ausschluss des öffentlichen Verleihwesens zwingend einen Vergütungsanspruch zur Folge hat, in Deutschland mit § 77 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 27 Abs. 2 UrhG auch zugunsten des ausübenden Künstlers.<sup>61</sup> Die vorhandenen Untersuchungen zu den Künstlerverträgen von *Will-Flatau*<sup>62</sup> (1990), *Ingendaay*<sup>63</sup> (2008) und *Weiß*<sup>64</sup> (2009) lassen sich in einen Zehnjahresrhythmus einordnen, sodass eine erneute Untersuchung unter den zum gegenwärtigen Zeitpunkt herrschenden Bedingungen des Digitalzeitalters angebracht scheint.

Erste Stellungnahmen zur Frage der angemessenen Vergütung und dabei insbesondere auch des Verhältnisses von Ausschließlichkeitsrechten und zusätzlichen Vergütungsansprüchen beziehen sich – zunächst wenig verwunderlich – auf die Urheber. So erfolgten insbesondere die jeweils im Abstand von etwa zehn Jahren erschienenen Untersuchungen zu gesetzlichen

<sup>49</sup> *Beining*, Der Schutz ausübender Künstler im internationalen und supranationalen Recht, Baden-Baden 2000.

<sup>50</sup> *Bunte*, Die künstlerische Darbietung als persönliches und immaterielles Rechtsgut, Baden-Baden 2000.

<sup>51</sup> *Kloth*, Der Schutz der ausübenden Künstler nach TRIPs und WPPT, Baden-Baden 2000.

<sup>52</sup> *Wild*, Die künstlerische Darbietung und ihre Abgrenzung zum urheberrechtlichen Werkschaffen, Freiburg (Schweiz) 2001.

<sup>53</sup> *Jaeger*, Der ausübende Künstler und der Schutz seiner Persönlichkeitsrechte, Baden-Baden 2002.

<sup>54</sup> *Brunner*, Urheber- und leistungsschutzrechtliche Probleme der Musikdistribution im Internet, Berlin 2004.

<sup>55</sup> *Bäcker*, Die Rechtsstellung der Leistungsschutzberechtigten im digitalen Zeitalter, Berlin 2005.

<sup>56</sup> *Grünberger*, Das Interpretenrecht, Köln 2006.

<sup>57</sup> *Breuer*, Die Rechte der ausübenden Künstler im digitalen Zeitalter, Saarbrücken 2007.

<sup>58</sup> *Apel*, Der ausübende Musiker, Tübingen 2011.

<sup>59</sup> *Kruse*, Die rechtliche Differenzierung zwischen Urhebern und ausübenden Künstlern, Hamburg 2013.

<sup>60</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/*Grünberger*, Vor §§ 73 ff. Rn. 34, § 77 Rn. 8.

<sup>61</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/*Grünberger*, § 77 Rn. 8.

<sup>62</sup> *Will-Flatau*, Rechtsbeziehung zwischen Tonträgerproduzent und Interpret, Hamburg 1990.

<sup>63</sup> *Ingendaay*, Künstlerverträge, Baden-Baden 2008.

<sup>64</sup> *Weiß*, Der Künstlerexklusivvertrag, München 2009.

Vergütungsansprüchen von *Lewinski*<sup>65</sup>, *Rossbach*<sup>66</sup> (beide 1990), *Reber*<sup>67</sup> (1998), *Stöhr*<sup>68</sup> (2008) und zuletzt *Pflüger*<sup>69</sup> (2017) sämtlich aus der Urheberperspektive. Angesichts der bereits erwähnten Bedeutung der gesetzlichen Vergütung im Bereich der ausübenden Künstler im Rahmen der Zweitverwertung ist dies jedoch erstaunlich. Von daher scheint es geboten, diese Frage einmal im Bereich der ausübenden Künstler zu untersuchen, um daraus bestenfalls sogar Erkenntnisse für eine künftige Regelung auch im Urheberrecht zu gewinnen.

#### **IV. Methoden und Gang der Untersuchung**

In methodischer Hinsicht soll der klassische Kanon der juristischen Auslegungsmethoden (insbesondere Wortlaut, Historie, Systematik, Teleologie) herangezogen werden. Aufgrund der zunehmenden Harmonisierung sind dabei insbesondere auch die Auslegungsgrundsätze des Unionsrechts zu berücksichtigen und etwaige Umsetzungsspielräume des nationalen Gesetzgebers in den Blick zu nehmen. Der über den unionsrechtlich harmonisierten Bereich hinausgehende Schutz ausländischer Künstler ist nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit. Im Rahmen der Untersuchung der verschiedenen Instrumente zur Sicherstellung einer angemessenen Vergütung ausübender Künstler im digitalen Zeitalter *de lege ferenda* kommt zudem ausgewählten rechtsvergleichenden, juristisch-ökonomischen und rechtspolitischen Aspekten eine besondere Bedeutung zu. Die Arbeit kann und soll schließlich keine empirische Studie sein. Soweit allerdings Zahlen und Statistiken zur Verfügung stehen, sollen diese mit dem Zweck der Untermauerung der Thesen berücksichtigt werden.

Die Untersuchung gliedert sich in fünf Kapitel. Nach einer einleitenden Prüfung der Verankerung des Grundsatzes der angemessenen Vergütung im Bereich des künstlerischen Leistungsschutzes (Kapitel 1) werden die konkreten Instrumente zur Sicherstellung einer angemessenen Interpretenvergütung betrachtet und auf ihre Anwendbarkeit und Wirkungen im Bereich digitaler Nutzungsformen

---

<sup>65</sup> *Lewinski*, Die urheberrechtliche Vergütung für das Verleihen und Vermieten, München 1990.

<sup>66</sup> *Rossbach*, Die Vergütungsansprüche im deutschen Urheberrecht, Baden-Baden 1990.

<sup>67</sup> *Reber*, Die Beteiligung von Urhebern und ausübenden Künstlern an der Verwertung von Filmwerken, München 1998.

<sup>68</sup> *Stöhr*, Gesetzliche Vergütungsansprüche im Urheberrecht, Baden-Baden 2008.

<sup>69</sup> *Pflüger*, Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, Baden-Baden 2017.

untersucht. Dabei sind zunächst die Ausschließlichkeitsrechte (Kapitel 2) und der damit korrespondierende interpretenvertragsrechtliche Mechanismus (Kapitel 3) in den Blick zu nehmen. Daraufhin sind die gesetzlichen Vergütungsansprüche allgemeiner Art (Kapitel 4) sowie speziell bei gesetzlicher Nutzungserlaubnis (Kapitel 5) Gegenstand der Untersuchung.



## Kapitel 1

### Der Grundsatz angemessener Beteiligung im Interpretenrecht

Ihren Ausgangspunkt hat die angemessene Vergütung im Urheberrecht wie eingangs erwähnt in § 11 S. 2 UrhG. Im Folgenden sind zunächst die Voraussetzungen (I.) und das System des künstlerischen Leistungsschutzes (II.) einschließlich seiner verfassungsrechtlichen Grundlagen (III.) mit Blick auf ihre Besonderheiten darzulegen, welche die Bedeutung einer angemessenen Vergütung auch in diesem Bereich hervorheben. Daraufhin soll der Beteiligungsgrundsatz des § 11 S. 2 UrhG auf seine dogmatische Einordnung (IV.) sowie seine Anwendbarkeit im Recht der ausübenden Künstler (V.) untersucht werden, bevor schließlich auf die zwei unterschiedlichen Ausprägungen der angemessenen Vergütung in Form der Ausschließlichkeitsrechte und der gesetzlichen Vergütungsansprüche einzugehen ist (VI.).

#### I. Voraussetzungen des künstlerischen Leistungsschutzes nach § 73 UrhG

Das Interpretenrecht ist zwar Teil des Urheberrechts, hat aber dennoch eine hiervon unabhängige Entwicklung genommen.<sup>70</sup> Nachdem den ausübenden Künstlern zunächst keine eigenständigen Rechte zuerkannt wurden und sie mit dem LUG von 1901<sup>71</sup> zunächst ein Bearbeiterurheberrecht erhalten haben, markiert das Jahr 1961 einen Wendepunkt. Zunächst hat der BGH in vier Grundsatzurteilen einen spezifischen künstlerischen Leistungsschutz entwickelt.<sup>72</sup> Ferner hat das Rom-Abkommen von 1961<sup>73</sup> wichtige Rechtsgrundlagen geschaffen. Dieses nimmt eine subjektive Anknüpfung des künstlerischen Leistungsschutzes gegenüber der objektiven Anknüpfung beim Urheberschutz vor.<sup>74</sup> Im Urheberrechtsgesetz von 1965 ist das Recht der ausübenden Künstler daraufhin in den §§ 73 ff. geregelt worden, welche in der Folge durch die

---

<sup>70</sup> Zur Geschichte des Interpretenschutzes siehe auch *Apel*, S. 13–203; *ders.*, ZGE/IPJ 2012, S. 1–36; *Dünnwald/Gerlach*, Einl.; *Grünberger*, Rn. 16–102; *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, Vor §§ 73 ff. Rn. 12–32; *Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch*, § 73 Rn. 4–12.

<sup>71</sup> Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Tonkunst vom 19. Juni 1901, RGBL. 1901, S. 227.

<sup>72</sup> BGHZ 33, 1 = NJW 1960, 2051 – Künstlerlizenz Schallplatten; BGHZ 33, 20 = NJW 1960, 2043 – Figaros Hochzeit; BGHZ 33, 38 = NJW 1960, 2048 – Künstlerlizenz Rundfunk; BGHZ 33, 48 = NJW 1960, 2055 – Orchester Graunke.

<sup>73</sup> Rom-Abkommen vom 26. Oktober 1961, BGBl. II, 1965, S. 1245.

<sup>74</sup> Vgl. *Dünnwald*, ZUM 2004, 161, 163; *Flehsig/Kuhn*, ZUM 2004, 14, 15.

Vermiet- und Verleih-RL (1992)<sup>75</sup> und die Info-Soc-RL (2001) einer europäischen Harmonisierung unterzogen wurden.

Gemäß § 73 UrhG ist ausübender Künstler, wer ein Werk oder eine Ausdrucksform der Volkskunst aufführt, singt, spielt oder auf eine andere Weise darbietet oder an einer solchen Darbietung künstlerisch mitwirkt. Damit enthält die Vorschrift – anders als im Urheberrecht, wo eine getrennte Regelung in § 2 (Werk) und § 7 (Urheber) erfolgt – sowohl Schutzsubjekt, den ausübenden Künstler, als auch Schutzobjekt, die Darbietung.<sup>76</sup> Aber der Interpret ist zugleich auch Objekt, dessen Verhältnis zum Endverbraucher (wegen § 53 UrhG) unproblematisch ist, wohingegen das Verhältnis zum Verwerter wegen der technischen Entwicklung äußerst schwierig ist.<sup>77</sup> Der Schwerpunkt des künstlerischen Leistungsschutzes hat sich von der ideellen Seite (Persönlichkeitsschutz) hin zu materiellen Aspekten (zunehmender Investitionsschutz) verschoben.<sup>78</sup>

Voraussetzung für einen künstlerischen Leistungsschutz sind gemäß § 73 UrhG zum einen das Vorliegen eines Werkes oder einer Ausdrucksform der Volkskunst (1.) und zum anderen eine Darbietung oder die künstlerische Mitwirkung an einer Darbietung (2.).

## **1. Werk oder Ausdrucksform der Volkskunst**

Erforderlich ist also zunächst, dass das Dargebotene Werkqualität hat, weshalb etwa Zirkus- oder Varietékünstlern kein künstlerischer Leistungsschutz zugestanden wird.<sup>79</sup> Dies kommt auch in Art. 3 lit. a) Rom-Abkommen zum Ausdruck. Diese Werkakzessorietät wird aber durch Art. 2 lit. a) WPPT<sup>80</sup>

---

<sup>75</sup> Richtlinie 2006/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums (kodifizierte Fassung), ABl. L 376 v. 27.12.2006, S. 28.

<sup>76</sup> Vgl. *Bunte*, S. 58; *Dünnwald/Gerlach*, § 73 Rn. 1, 5; *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, Vor §§ 73 ff. Rn. 3; *Kruse*, S. 66.

<sup>77</sup> Vgl. *Freitag*, S. 29 f.

<sup>78</sup> Vgl. *Dreier*, CR 2000, 45, 46; *Freitag*, S. 36; *Zwengel*, S. 30.

<sup>79</sup> Vgl. *Dünnwald/Gerlach*, § 73 Rn. 17; *Flechsigg*, NJW 2004, 575 f.; *ders./Kuhn*, ZUM 2004, 14, 16; *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 73 Rn. 17 m. w. N.; *Hertin*, UFITA 81 (1978), 39, 44; *ders./Wagner*, Rn. 731; differenzierend *Wild*, S. 168.

<sup>80</sup> WIPO Performances and Phonograms Treaty (adopted in Geneva on december 20, 1996), abrufbar unter <https://wipolex.wipo.int/en/text/295477> (zuletzt abgerufen am 13.12.2020).



(„interpretieren“, „Ausdrucksformen der Volkskunst“) mindestens gelockert.<sup>81</sup> Damit erhält die Art und Weise der Leistungserbringung eine größere Bedeutung.<sup>82</sup> Manche verlangen sogar überhaupt keine Werkakzessorietät mehr und führen dafür insbesondere den Wortsinn an.<sup>83</sup> Nach anderer Ansicht bedeutet dies dagegen keine (vollständige) Abkehr von dem Prinzip der Werkakzessorietät.<sup>84</sup>

Während hierfür ganz überwiegend ein urheberrechtlich geschütztes bzw. jedenfalls schutzfähiges Werk verlangt wird,<sup>85</sup> genügt es nach anderer Auffassung, wenn das Werk lediglich seiner Art nach einer der in § 2 UrhG genannten Werkkategorien unterfällt, ohne dass es die erforderliche Schöpfungshöhe erreichen muss.<sup>86</sup> Diese Erweiterung mag zwar in den „gestiegenen Schutzbedürfnissen der Künstler aufgrund neuer digitaler Techniken und Nutzungsmöglichkeiten“ (etwa im Rahmen des Sampling) eine Rechtfertigung finden, birgt allerdings auch die Gefahr, dass die Grenze zu grundsätzlich nicht schutzfähigen Darbietungen wie etwa der Zirkusakrobatik (siehe oben) verwischt.<sup>87</sup> Mit dem Argument, dass dies gleichbedeutend mit der Eliminierung des Tatbestandsmerkmals eines „Werkes“ und damit *contra legem* wäre, ist daher zumindest Schutzfähigkeit als „kleine Münze“ zu verlangen.<sup>88</sup> Außerdem wird es, wenn dies nicht der Fall ist, häufig ohnehin an dem notwendigen hinreichenden Spielraum für eine künstlerische Darbietung mangeln.<sup>89</sup>

Einigkeit besteht dagegen darüber, dass die Darbietung von an sich nicht geschützten Teilen eines in seiner Gesamtheit urheberrechtlich geschützten

---

<sup>81</sup> Vgl. *Flehsig*, NJW 2004, 575, 576; *ders./Kuhn*, ZUM 2004, 14, 16 f.; *Grünberger*, Rn. 200; *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 73 Rn. 13; *Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch*, § 73 Rn. 13; *Wild*, S. 139.

<sup>82</sup> Vgl. *Kruse*, S. 73.

<sup>83</sup> So etwa *Bünke*, S. 80 f.; *Kruse*, S. 80 ff.

<sup>84</sup> Vgl. *Dünnwald/Gerlach*, § 73 Rn. 17; *Hertin/Wagner*, Rn. 733; *Rohweder*, UFITA 2015/III, 401, 446.

<sup>85</sup> *Dünnwald/Gerlach*, § 73 Rn. 10, 12; *Flehsig/Kuhn*, ZUM 2004, 14, 16; *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 73 Rn. 13; *Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch*, § 73 Rn. 13; *Rehbinder/Peukert*, Rn. 664, *Loewenheim/Vogel*, § 38 Rn. 42.

<sup>86</sup> LG Köln ZUM-RD 2010, 698, 701; LG Hamburg ZUM-RD 2010, 399, 409; *Wandtke/Bullinger/Büscher*, § 73 Rn. 4; *Dreier/Schulze*, § 73 Rn. 8; *Spindler/Schuster/Wiebe*, § 73 UrhG Rn. 2.

<sup>87</sup> Vgl. *Homann*, Filmrecht, S. 167.

<sup>88</sup> So auch *Dünnwald/Gerlach*, § 73 Rn. 12.

<sup>89</sup> Vgl. auch *Fromm/Nordemann/Schaefer*, § 73 Rn. 9 f.; *Möhring/Nicolini/Stang*, § 73 Rn. 6.

Werkes künstlerischen Leistungsschutz genießen kann.<sup>90</sup> Auch muss das Werk nicht aktuell urheberrechtlichen Schutz genießen. So ist es etwa unerheblich, wenn die Schutzfrist abgelaufen ist oder kein Konventionsschutz für das Werk eines ausländischen Künstlers greift.<sup>91</sup>

## 2. Darbietung oder künstlerische Mitwirkung hieran

Die zweite Voraussetzung bezieht sich auf die Tätigkeit des ausübenden Künstlers als solche. Entsprechend dem Schöpferprinzip im Urheberrecht kann im Bereich des künstlerischen Leistungsschutzes vom Künstlerprinzip gesprochen werden, um vor allem deutlich zu machen, dass die Rechte originär in der natürlichen Person des ausübenden Künstlers entstehen.<sup>92</sup> Der ausübende Künstler kann dabei auch, etwa bei der Improvisation, zugleich Urheber sein.<sup>93</sup> Leistungsschutzrechtlich geschützt sind nicht nur die Darbietung (a)), sondern auch die künstlerische Mitwirkung hieran (b)).

### a) Darbietung

§ 73 UrhG erfasst sowohl öffentliche als auch nicht öffentliche Darbietungen, weshalb auch der Studiomusiker geschützt ist.<sup>94</sup> Umstritten sind bestimmte Fälle der nicht öffentlichen Darbietung. Während nach überwiegender Ansicht etwa eine Selbstdarbietung nicht geschützt ist<sup>95</sup>, ist dies nach anderer Auffassung schon der Fall.<sup>96</sup> Letztere ist vorzugswürdig, da zum einen auch das Werk im Urheberrecht bereits mit seinem Entstehen geschützt ist, also Schutzgegenstand die künstlerische Tätigkeit als solche (Werkbereich) unabhängig von einer

---

<sup>90</sup> Siehe Dreier/Schulze, § 73 Rn. 8; Dünwald/Gerlach, § 73 Rn. 11; Kloth, S. 165; zur Problematik siehe auch Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 73 Rn. 14.

<sup>91</sup> Amtl. Begr. BT-Drs. IV/270, S. 90; Apel, S. 212; Dreier/Schulze, § 73 Rn. 8; Dünwald/Gerlach, § 73 Rn. 10; Grünberger, Rn. 204 ff.; Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 73 Rn. 13; Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, § 73 Rn. 13; Rohweder, UFITA 2015/III, 401, 446; Schwinge, S. 16; Möhring/Nicolini/Stang, § 73 Rn. 6; Loewenheim/Vogel, § 38 Rn. 42; Wandtke, Urheberrecht, 7. Kap. Rn. 7.

<sup>92</sup> Vgl. Bunte, S. 58, 134; Kruse, S. 69; Wild, S. 133 f.

<sup>93</sup> Vgl. Hertin/Wagner, Rn. 735; Fischer/Reich, § 3 Rn. 237; Schwinge, S. 34 f.; Wild, S. 200; zum Zusammenfallen von Werkschöpfung und Werkdarbietung siehe auch ders./Salagean, ZUM 2008, 580 ff.

<sup>94</sup> Vgl. Apel, S. 215 ff.; Wandtke/Bullinger/Büscher, § 73 Rn. 6; Dreier/Schulze, § 73 Rn. 10; Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 73 Rn. 26; Hertin/Wagner, Rn. 737; Kurz/Kehrl/Nix, 13. Kap. Rn. 117; Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, § 73 Rn. 16; Schack, Rn. 664; Schwinge, S. 17; Loewenheim/Vogel, § 38 Rn. 47; a. A. Groeben, S. 45 ff. (nur Vergütungsanspruch).

<sup>95</sup> Wandtke/Bullinger/Büscher, § 73 Rn. 6; Dreier/Schulze, § 73 Rn. 10; Grünberger, Rn. 234; Kurz/Kehrl/Nix, 13. Kap. Rn. 117; Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, § 73 Rn. 16; Loewenheim/Vogel, § 38 Rn. 48.

<sup>96</sup> Apel, S. 216 ff.; Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 73 Rn. 26; Hertin/Wagner, Rn. 736; Kruse, S. 69 f.

etwaigen Außenwirkung (Wirkbereich) ist. Zum anderen ist die Gefahr eines Kontrollverlusts des Interpreten bei der Auswertung nicht für die Öffentlichkeit bestimmter Aufnahmen genauso groß wie bei einer öffentlichen Darbietung.<sup>97</sup>

Zum Teil wird von der Notwendigkeit einer geistigen Leistung ausgegangen.<sup>98</sup> Dies wird folgendermaßen begründet:

„Eine künstlerische Darbietung ist jede eigentümliche, durch die Persönlichkeit geprägte, geistig-gestaltende, sinnlich wahrnehmbare Leistung, wodurch der oder die Wahrnehmende(n) einen die Stimmung, das Empfinden, das Gefühl und/oder die Phantasie anregenden Sinneseindruck empfangen.“<sup>99</sup>

Ein Nachrichtensprecher wurde vom LG Hamburg mangels künstlerischer Interpretation bei der Sprachwiedergabe nicht als leistungsschutzberechtigt angesehen<sup>100</sup>, was teilweise mit dem Argument kritisiert wurde, dass eine persönliche im Sinne einer individuellen, wenn auch keine künstlerische Leistung gegeben, und die Interpretationsfähigkeit als Kriterium nicht zwingend sei, wie auch ein Vergleich mit den anderen Fallgruppen des Leistungsschutzes zeige, weshalb keine Ausweitung angezeigt sei, da die Anforderungen an das dargebotene Werk gleich blieben.<sup>101</sup> Wörtlich heißt es etwa:

„Die Bewunderung, die wir dem gefeierten Künstler entgegenbringen, darf uns nicht zur Versagung eines persönlichkeitsrechtlich begründeten Schutzes für Leistungen verführen, die auch dem Durchschnittsbürger möglich sein mögen.“<sup>102</sup>

Dagegen wird von anderer Seite insbesondere unter Verweis auf die BGH-Entscheidung zu einem Quizmaster<sup>103</sup> das Erfordernis einer künstlerischen Werkinterpretation, wenn auch die Anforderungen nicht allzu hoch sind – ein

---

<sup>97</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 73 Rn. 26.

<sup>98</sup> Vgl. Kruse, S. 78 ff.; a. A. Breuer, S. 106 f. (Theorie der körperlichen Individualität).

<sup>99</sup> Kruse, S. 86.

<sup>100</sup> LG Hamburg GRUR 1976, 151 = UFITA 78 (1977), 264 – Rundfunksprecher; zu Sprechleistungen als künstlerischem Vortrag grds. Bünte, S. 68 f.; Rechtsprechung seit BGH GRUR 1963, 213 – Fernseh wiedergabe von Sprechleistungen.

<sup>101</sup> Vgl. Hertin, UFITA 81 (1978), 39, 48 ff.; so auch Ulmer, S. 524 („persönliche Note“).

<sup>102</sup> Hertin, UFITA 81 (1978), 39, 52.

<sup>103</sup> BGHZ 79, 362, 373 f. = NJW 1981, 2055 – Quizmaster.

bestimmender Einfluss (Minimum an eigenpersönlicher künstlerischer Ausprägung) genüge – bejaht.<sup>104</sup> So wörtlich: „Das bloße Sprechen von Information ist ein Aliud gegenüber der künstlerischen Darbietung als Werkinterpretation“<sup>105</sup>. Für das Erfordernis einer Interpretation spricht zudem der explizite Wortlaut des Art. 2 lit. a) WPPT.<sup>106</sup> Zum Teil wurde daher gefordert, den Begriff der „Interpretation“ als Schlüsselbegriff in den Gesetzestext aufzunehmen.<sup>107</sup> *Dünnwald/Gerlach* kritisieren die „Quizmaster“-Entscheidung, da es sich lediglich um eine persönliche Darbietung ohne künstlerischen Charakter und damit nicht um eine künstlerische Werkinterpretation handle, weshalb kein künstlerischer Leistungsschutz gewährt werden könne.<sup>108</sup> Ausübende Künstler im Musikbereich sind danach insbesondere Instrumentalisten, Sänger, Tänzer und Dirigenten, im Filmbereich darüber hinaus Schauspieler, Synchronsprecher, Moderatoren und Quizmaster, einzelfallabhängig auch Statisten oder Komparsen.<sup>109</sup>

## **b) Künstlerische Mitwirkung**

Problematischer gestaltet sich die Einordnung bei solchen Berufsgruppen, die lediglich indirekt an der Darbietung mitwirken. Der BGH hat bereits im Jahr 1974 entschieden, dass ein Maskenbildner bei einer Fernsehaufzeichnung mangels der künstlerischen Gestaltung der Darbietung bestimmender Leistung nicht leistungsschutzberechtigt ist.<sup>110</sup> Nach der sogenannten Formthese *Dünnwalds* und der herrschenden Meinung ist daher eine gewisse künstlerische Leistungshöhe erforderlich.<sup>111</sup> Entsprechend der Theorie der „kleinen Münze“ im Urheberrecht

---

<sup>104</sup> Vgl. *Bunte*, S. 61 ff.; *Wandtke/Bullinger/Büscher*, § 73 Rn. 7; *Dünnwald*, ZUM 2004, 161, 174; *ders./Gerlach*, Einl. Rn. 34; *Flehsig/Kuhn*, ZUM 2004, 14, 16; *Jaeger*, S. 46; *Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch*, § 73 Rn. 17; *Rohweder*, UFITA 2015/III, 401, 444; *Schwarz*, ZUM 1999, 40, 41; *Wandtke*, Rechte der Urheber und ausübenden Künstler im Arbeits- und Dienstverhältnis, Rn. 421 ff.; *ders.*, ZUM 2004, 505, 506.

<sup>105</sup> *Dünnwald/Gerlach*, ZUM 1999, 52; für die Interpretation als Schutzgegenstand auch *Grünberger*, Rn. 13 ff. (zur Terminologie des „Interpreten“) sowie *Jaeger*, S. 25 ff. (anknüpfend an das Merkmal „künstlerisch“).

<sup>106</sup> Vgl. auch *Grünberger*, Rn. 229.

<sup>107</sup> So etwa *Dünnwald*, ZUM 2004, 161, 174; *ders./Gerlach*, § 73 Rn. 7; *Grünberger*, Rn. 224, 237.

<sup>108</sup> *Dünnwald/Gerlach*, § 73 Rn. 27.

<sup>109</sup> Vgl. *Gaiser*, S. 9; *Homann*, Filmrecht, S. 168; *Fischer/Reich*, § 3 Rn. 255 f.; *Wandtke*, Rechte der Urheber und ausübenden Künstler im Arbeits- und Dienstverhältnis, Rn. 418; *Wild*, S. 166 f.; a. A. bzgl. Statisten *Schwarz*, ZUM 1999, 40, 41.

<sup>110</sup> BGH GRUR 1974, 672 = UFITA 71 (1974), 163 – Celestina.

<sup>111</sup> *Bunte*, S. 63 ff.; *Dünnwald*, UFITA 52 (1969), 49; *ders.*, UFITA 65 (1972), 99; *ders.*, UFITA 84 (1979), 1; *ders.*, FuR 1984, 615; *ders./Gerlach*, § 73 Rn. 26.

sind die Anforderungen aber nicht besonders hoch anzusetzen.<sup>112</sup> Relevant ist dabei jedoch nicht allein die Zugehörigkeit zu einer entsprechenden Berufsgruppe (allenfalls wird dies für den Abschluss eines Wahrnehmungsvertrags mit der GVL als Indiz mit einer entsprechenden Vermutung gesehen), entscheidend ist vielmehr auf die konkrete Tätigkeit im Einzelfall abzustellen.<sup>113</sup>

Auch beim Tonmeister scheitert daher ein künstlerischer Leistungsschutz in der Regel an der fehlenden Mitwirkung an der Werkinterpretation.<sup>114</sup> Das OLG Hamburg hat dagegen einen Tonregisseur wegen des verhältnismäßig großen (künstlerischen) Spielraums bei der Erfüllung seiner Aufgaben als leistungsschutzberechtigt angesehen.<sup>115</sup> In diese Richtung wird auch argumentiert, wenn es heißt, dem Begriff der „Interpretation“ sei ein künstlerisches Moment immanent und der Terminus komme ohne die Beurteilung von Qualitätsmerkmalen oder die Bestimmung eines künstlerischen Ranges aus.<sup>116</sup> Bei entsprechender Interpretation kann also auch der Tonmeister als ausübender Künstler anzusehen sein.<sup>117</sup> Zum Teil wird von einer Leistung gesprochen, „die ihre Qualifikation durch ihren künstlerischen Charakter erfährt“<sup>118</sup> und von einer besonderen Leistungshöhe, „die durch ihren individuellen Ausdruck und weitere persönliche Beigaben gekennzeichnet ist.“<sup>119</sup>

Mangels „künstlerischer“ Mitwirkung wird auch kein künstlerischer Leistungsschutz für die Organisation, Einstudierung und Assistenz bzw. pädagogische, technische oder organisatorische Mitwirkungshandlungen gewährt.<sup>120</sup> Der Toningenieur führt bei mechanischer Tonübertragung weder ein Musikwerk auf, noch wirkt er mangels unmittelbarer Einflussnahme auf das Aufführungsgeschehen künstlerisch hieran mit.<sup>121</sup> Schutz wegen künstlerischer

---

<sup>112</sup> Vgl. auch *Grünberger*, Rn. 230.

<sup>113</sup> Vgl. *Dünnwald/Gerlach*, § 73 Rn. 5.

<sup>114</sup> BGH NJW 1984, 1110 = GRUR 1983, 22 – Tonmeister.

<sup>115</sup> OLG Hamburg GRUR 1976, 708 = UFITA 79 (1977), 331 – Staatstheater; zustimmend *Hertin*, UFITA 81 (1978), 39, 44 ff.

<sup>116</sup> So *Jaeger*, S. 28; *Kruse*, S. 76.

<sup>117</sup> Siehe auch *Fischer/Reich*, § 3 Rn. 237; *Schwinge*, S. 27 ff.

<sup>118</sup> *Bünte*, S. 82.

<sup>119</sup> *Bünte*, S. 80.

<sup>120</sup> Vgl. *Flehsig/Kuhn*, ZUM 2004, 14, 17; *Hertin/Wagner*, Rn. 738; *ders.*, UFITA 81 (1978), 39, 45; *Fischer/Reich*, § 3 Rn. 235; *Schwinge*, S. 25 ff. (mit Beispielen); *Wandtke*, Rechte der Urheber und ausübenden Künstler im Arbeits- und Dienstverhältnis, Rn. 426; *ders.*, Urheberrecht, 7. Kap. Rn. 10; *Wild*, S. 188 f.; jeweils mit (teilweise zahlreichen) Beispielen.

<sup>121</sup> Vgl. *Hertin*, UFITA 81 (1978), 39, 46; *Fischer/Reich*, § 3 Rn. 237.

Mitwirkung genießen dagegen jedenfalls der Dirigent oder Regisseur<sup>122</sup>, aber auch Orchestermusiker und Chorsänger.<sup>123</sup> Bei einem besonders großen Spielraum in der Ausgestaltung während der Aufführung kann bereits eine eigene Darbietung vorliegen, möglicherweise ist sogar Miturheberschaft gegeben.<sup>124</sup>

Man könnte zudem auch auf die arbeitsrechtliche Einordnung abstellen. So stellt sich etwa bei den bei einem Mitglied des Deutschen Bühnenvereins angestellten Tontechnikern die Frage, ob sie ebenfalls dem allein für künstlerisches Personal anwendbaren Normalvertrag (NV) Bühne<sup>125</sup> unterfallen, welcher den in diesem Bereich früher geltenden Bühnentechniker-Tarifvertrag (BTT) ersetzt hat. Entscheidend ist hier, ob die Angestellten überwiegend künstlerisch tätig werden, erforderlich ist also eine genaue Bestimmung des künstlerischen Spielraums im Rahmen der ausgeübten Tätigkeit. Allerdings soll aus der arbeitsrechtlichen Festlegung künstlerischer Tätigkeiten (sei es im NV Bühne oder einzelvertraglich) noch nicht zwingend auf einen künstlerischen Leistungsschutz geschlossen werden.<sup>126</sup> Das könnte man mit guten Gründen jedoch auch anders sehen. So kann die Einordnung im NV Bühne im Einzelfall bereits äußerst problematisch sein. Wenn die Einordnung als ausübender Künstler wiederum nach anderen Kriterien erfolgen soll, verkompliziert sich die Situation zunehmend. Von daher sollte der arbeitsrechtlichen Festlegung zumindest eine Indizwirkung zugestanden werden. Dies würde unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung mehr Rechtssicherheit schaffen.

Ausübender Künstler beim Filmwerk ist jede Person, die bei der Herstellung des Werkes durch künstlerische Tätigkeit werkinterpretatorisch mitwirkt, was nur eine natürliche Person sein kann, wobei auch hier solche Personen, die lediglich technische, organisatorische oder kaufmännische Leistungen erbringen, vom

---

<sup>122</sup> OLG Hamburg GRUR 1976, 708; Amtl. Begr. BT-Drs. IV/270, S. 90; *Flehsig/Kuhn*, ZUM 2004, 14, 16; *Hertin*, UFITA 81 (1978), 39, 46; *Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch*, § 73 Rn. 18; *Rehbinder/Peukert*, Rn. 666; *Schwinge*, S. 24; *Wandtke*, Rechte der Urheber und ausübenden Künstler im Arbeits- und Dienstverhältnis, Rn. 421; *ders.*, ZUM 2004, 505, 506.

<sup>123</sup> Amtl. Begr. BT-Drs. IV/270, S. 90; *Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch*, § 73 Rn. 18.

<sup>124</sup> Vgl. nur *Hertin*, UFITA 81 (1978), 39, 46 ff.

<sup>125</sup> Normalvertrag (NV) Bühne vom 15.10.2002, abgedruckt bei *Bolwin/Sponer*, Teil A I 1a.

<sup>126</sup> BOSchG, UFITA 88 (1980), 253, 256; BGH GRUR 1974, 672, 673; *Schwinge*, S. 14; *Wandtke*, Rechte der Urheber und ausübenden Künstler im Arbeits- und Dienstverhältnis, Rn. 426 (für Inspizienten und Souffleuren); *ders.*, ZUM 2004, 505, 507.

künstlerischen Leistungsschutz ausgeschlossen sind.<sup>127</sup> Grundsätzlich ist der Begriff der „künstlerischen Mitwirkung“ allerdings weit auszulegen: Weder muss eine besondere künstlerische Qualität noch eine persönliche geistige Schöpfung im Sinne des § 2 UrhG vorliegen, zu verlangen ist lediglich ein Minimum an Mitarbeit bei der eigentlichen Gestaltung des Films.<sup>128</sup> Dagegen spricht die Vorschrift des § 80 UrhG, in der die einzelnen Künstlergruppen genannt werden, für eine enge Auslegung des § 73 UrhG.<sup>129</sup> Die Darbietung und die künstlerische Mitwirkung unterscheiden sich insbesondere in der Beweislast: Während für die Aufführung eines urheberrechtlich geschützten Werkes der Anschein für eine künstlerische Leistung spricht, ist bei der Mitwirkung hieran der ausübende Künstler beweisbelastet.<sup>130</sup>

### **c) Zwischenergebnis**

Bezüglich der Schutzvoraussetzungen des künstlerischen Leistungsschutzes lässt sich also festhalten, dass eine Darbietung oder die künstlerische Mitwirkung hieran erforderlich sind, wobei entsprechend dem Schutz der „kleinen Münze“ im Urheberrecht jeweils keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind. Vor diesem Hintergrund ist eine Außenwirkung nicht als erforderlich anzusehen, sodass künstlerischer Leistungsschutz auch bei nicht öffentlichen Darbietungen und zwar sogar bei Selbstdarbietungen zu gewähren ist. Sowohl im Musikbereich als auch in der Filmbranche gibt es eine Vielzahl von Interpretengruppen, die oftmals auch gemeinsam bei der Aufführung eines Werkes beteiligt sind. Diese erbringen daher häufig eine Leistung, die lediglich als künstlerische Mitwirkung einzustufen, aber ebenso geschützt ist. Erforderlich ist in beiden Fällen ein mindestens minimales interpretatorisches Element. Hierbei ist im Einzelfall jeweils eine genaue Abgrenzung zu den nicht vom künstlerischen Leistungsschutz erfassten Beteiligten erforderlich, deren Beitrag rein technischer, organisatorischer oder kaufmännischer Natur ist.

---

<sup>127</sup> Vgl. nur v. Hartlieb/Schwarz/*N. Reber*, 62. Kap. Rn. 2 mit Aufzählung einzelner Berufsgruppen.

<sup>128</sup> Vgl. v. Hartlieb/Schwarz/*N. Reber*, 62. Kap. Rn. 3 wiederum mit Auflistung.

<sup>129</sup> Vgl. *Wandtke*, Rechte der Urheber und ausübenden Künstler im Arbeits- und Dienstverhältnis, Rn. 424.

<sup>130</sup> Vgl. *Schwarz*, ZUM 1999, 40, 42.

### 3. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass Gegenstand des künstlerischen Leistungsschutzes die Darbietung eines Werkes oder die künstlerische Mitwirkung an einer solchen ist. Voraussetzung hierfür ist zunächst ein zumindest grundsätzlich nach § 2 UrhG schutzfähiges Werk. Die Darbietung erfordert insbesondere eine künstlerische Werkinterpretation. Bei der Frage der künstlerischen Mitwirkung an einer Darbietung ist eine genaue Analyse der konkret ausgeübten Tätigkeit erforderlich, welche sich nicht einfach aus der arbeitsvertraglichen Festlegung ableiten lässt. Aus Gesichtspunkten der Einheit der Rechtsordnung und damit der Rechtssicherheit sollte jedoch – etwa bei der Berufsgruppe der Tontechniker – ein entsprechender Gleichlauf angestrebt werden.

## II. Einheitliches Interpretenrecht (monistische Theorie)

Nach § 11 S. 1 UrhG schützt das Urheberrecht den Urheber in seinen geistigen und persönlichen Beziehungen zum Werk und in der Nutzung des Werkes. Darin kommt zum Ausdruck, dass das deutsche Urheberrecht auf der monistischen Lehre beruht, wonach die in einer Wechselbeziehung zueinander stehenden ideellen Interessen (Persönlichkeitsrechte) und materiellen Interessen (Verwertungsrechte) in einer untrennbaren Einheit miteinander verwoben sind.<sup>131</sup> Insbesondere im Recht der ausübenden Künstler ist dabei allerdings wie erwähnt ein Wandel weg von einem vorwiegenden Persönlichkeits- hin zu einem zunehmenden Investitionsschutz zu beobachten.<sup>132</sup> Die beispielsweise in Frankreich, der Schweiz und Skandinavien herrschende dualistische Theorie nimmt dagegen eine Trennung zwischen dem Urheberrecht als Persönlichkeitsrecht und dem Urheberrecht als Vermögensrecht vor.<sup>133</sup>

---

<sup>131</sup> Vgl. Amtl. Begr. BT-Drs. IV/270, S. 43; Wandtke/Bullinger, § 11 Rn. 1 f.; Fromm/Nordemann/Czychowski, § 11 Rn. 1; Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, § 11 Rn. 3; Büscher/Dittmer/Schiwy/Haberstumpf, Teil 1 Kap. 10 § 11 Rn. 1; Möhring/Nicolini/Kroitzsch/Götting, § 11 Rn. 2; Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Peifer, § 11 Rn. 1, 3; Dreier/Schulze, § 11 Rn. 1 f.

<sup>132</sup> Vgl. Dreier, CR 2000, 45, 46; Freitag, S. 36; Zwengel, S. 30.

<sup>133</sup> Vgl. Möhring/Nicolini/Kroitzsch/Götting, § 11 Rn. 2; Ulmer-Eilfort/Obergfell, 1. Teil Kap. A Rn. 98, 152.



Deutlich wird die monistische Theorie in der von *Ulmer* geprägten Metapher eines Baumes: Danach sind in den Wurzeln die ideellen und materiellen Interessen des Urhebers zu sehen, während der Stamm das einheitliche Urheberrecht symbolisiert, aus dem gleich Ästen und Zweigen die einzelnen Befugnisse erwachsen, die ihre Kraft mal aus beiden Teilen der Wurzeln schöpfen, mal ganz oder überwiegend aus einer der beiden Wurzeln.<sup>134</sup>

Nach einer Ansicht gilt die monistische Theorie auch in Bezug auf die ausübenden Künstler.<sup>135</sup> Nach anderer Ansicht ist dies nicht der Fall, da der ausübende Künstler nicht über ein umfassendes und einheitliches Leistungsschutzrecht verfüge.<sup>136</sup> Es wird jedoch teilweise eine entsprechende Angleichung gefordert.<sup>137</sup> Gegen die Anwendbarkeit der monistischen Theorie im Bereich der ausübenden Künstler spricht zwar in der Tat, dass anders als beim Urheberrecht, wo im Erbfall ein einheitlicher Übergang auf die Erben erfolgt, lediglich die Verwertungsrechte auf die Erben übergehen, wohingegen die persönlichkeitsrechtlichen Befugnisse den Angehörigen zukommen.<sup>138</sup> Diese Trennung der Rechte ist aber lediglich eine künstliche.<sup>139</sup> Folglich ist auch von einem monistischen Leistungsschutzrecht ausübender Künstler auszugehen.

### III. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Wegen dieser Doppelnatur beruht das Urheberrecht auch verfassungsrechtlich auf zwei Säulen: Zum einen bilden Art. 1 und 2 Abs. 1 GG (mit der allgemeinen Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung) die Grundlage des Urheberpersönlichkeitsrechts, zum anderen lassen sich die Verwertungsrechte auf die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG (mit der entsprechenden Schranke in Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG, vgl. §§ 44a ff. UrhG) stützen.<sup>140</sup>

---

<sup>134</sup> Vgl. *Ulmer*, S. 116; auch *Büscher/Ditmer/Schiwy/Haberstumpf*, Teil 1 Kap. 10 § 11 Rn. 1.

<sup>135</sup> So *Dünnwald/Gerlach*, Einl. Rn. 66; *Grünberger*, Rn. 141, 1108; *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, Vor §§ 73 ff. Rn. 80 ff.; dies./*Loewenheim/Peifer*, § 11 Rn. 3.

<sup>136</sup> So *Brunner*, S. 31; *Flehsig/Kuhn*, ZUM 2004, 26; *Peukert*, S. 39; *ders.*, UFITA 138 (1999), 63, 68; *Schack*, Rn. 681; *Wandtke*, Urheberrecht, 7. Kap. Rn. 13.

<sup>137</sup> Vgl. nur *Wandtke*, ZUM 2015, 488, 493 f.

<sup>138</sup> Vgl. *Peukert*, S. 42; zum Streit *ders.*, UFITA 138 (1999), 63, 72 ff.

<sup>139</sup> Vgl. *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, Vor §§ 73 ff. Rn. 81 f.; *Rohweder*, UFITA 2015/III, 401, 440.

<sup>140</sup> Vgl. *Möhring/Nicolini/Kroitzsch/Götting*, § 11 Rn. 3; *Ulmer-Eilfort/Obergfell*, 1. Teil Kap. D Rn. 4; *Büscher/Dittmer/Schiwy/Schiwy/Schmoll*, Teil 1 Kap. 10 Einf. Rn. 50.

In der vorliegenden Arbeit soll es allein um letztere gehen. Das Bundesverfassungsgericht hat in zahlreichen Fällen die eigentumsrechtliche Komponente des Urheberrechts betont.<sup>141</sup> Zuletzt ist dies in den Entscheidungen „Übersetzerhonorare“<sup>142</sup> (für Urheber) sowie „Metall auf Metall“<sup>143</sup> (für Tonträgerhersteller) bestätigt worden. Zudem ist auch für den Bereich der ausübenden Künstler bereits früh entschieden worden, dass ihr dem Urheberrecht verwandtes Leistungsschutzrecht dem Grundrecht der Eigentumsfreiheit unterliegt.<sup>144</sup> Von daher wird ein „Gleichlauf mit dem urheberrechtlichen Beteiligungsprinzip“<sup>145</sup> angenommen. Dies lässt sich auch Art. 17 Abs. 2 der Grundrechtecharta der EU entnehmen.<sup>146</sup> Dietz bringt es folgendermaßen auf den Punkt:

„Das Urheberrecht wird vielmehr häufig auf seinen Eigentumscharakter reduziert und teilt dann mehr oder weniger automatisch die mit der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie verbundenen Verbürgungen.“<sup>147</sup>

Europarechtlich ist das geistige Eigentum zudem in Erwägungsgrund 9 der InfoSoc-RL als „Bestandteil des Eigentums“ anerkannt worden.<sup>148</sup> Das Grundrecht der Eigentumsfreiheit ist dabei durch das Spannungsverhältnis von Privatnützigkeit und Sozialpflichtigkeit gekennzeichnet und bedarf als normgeprägtes Grundrecht der weiteren Ausgestaltung durch den Gesetzgeber: Dieser hat im Rahmen der inhaltlichen Ausprägung des Urheberrechts sachgerechte Maßstäbe festzulegen, die eine der Natur und sozialen Bedeutung des Rechts entsprechende Nutzung und angemessene Verwertung sicherstellen.<sup>149</sup> Dies ermöglicht einerseits Beschränkungen der Verwertungsrechte, etwa durch Schrankenregelungen, die jedoch andererseits nur bei besonders wichtigen

---

<sup>141</sup> Vgl. die Aufzählung bei *Schack*, Rn. 89.

<sup>142</sup> BVerfGE 134, 204 = BVerfG ZUM 2014, 130 – Übersetzerhonorare, wo mit Verweis auf völker- und europarechtliche Gewährleistungen, insbesondere auf Erwägungsgrund 10 der InfoSoc-RL, vom „grundgesetzlich geschützten Kern des Urheberrechts“ die Rede ist.

<sup>143</sup> BVerfGE 142, 74 = ZUM 2016, 626 – Metall auf Metall.

<sup>144</sup> BVerfGE 31, 275 = GRUR 1972, 491, 494 – Schallplatten; BVerfGE 81, 208 = GRUR 1990, 438, 441 – Bob Dylan; BGHZ 33, 20 = GRUR 1960, 614 – Figaros Hochzeit.

<sup>145</sup> *Reber*, S. 75.

<sup>146</sup> Vgl. *Gerlach*, in: FS Wandtke, S. 233, 234 (Fn. 6).

<sup>147</sup> *Dietz*, GRUR Int. 2015, 309, 310.

<sup>148</sup> Siehe auch EuGH ZUM 2012, 313, 319 – Luksan.

<sup>149</sup> BVerfGE 31, 229 = GRUR 1972, 481, 483 – Kirchen- und Schulgebrauch; BVerfGE 49, 382 = GRUR 1980, 44, 46 – Kirchenmusik; vgl. nur *Badura*, S. 49; *Grzeszick*, ZUM 2007, 344, 350.

Belangen des Gemeinwohls ohne Kompensation durch einen angemessenen Vergütungsanspruch vorgenommen werden dürfen.<sup>150</sup>

„Die gesetzliche Zubilligung eines urheberrechtlichen Vergütungsanspruches stellt damit nichts anderes dar, als die inhaltliche Ausgestaltung des geistigen Eigentums in seiner Eigenschaft als sozialgebundenem Recht.“<sup>151</sup>

#### IV. § 11 S. 2 UrhG als Beteiligungsgrundsatz mit Leitbildfunktion

§ 11 S. 2 UrhG, der von der Sicherung einer angemessenen Vergütung für die Nutzung des Werkes spricht, kodifiziert damit den sogenannten, bereits seit der reichsgerichtlichen Rechtsprechung anerkannten und auch vom Bundesverfassungsgericht bestätigten Beteiligungsgrundsatz.<sup>152</sup> Ein völkerrechtlicher Anknüpfungspunkt liegt in Art. 9 Abs. 2 RBÜ<sup>153</sup> („berechtigte Interessen“). Dieser Grundsatz hat allerdings nur klarstellende Funktion, da er sich im Grunde bereits aus § 11 S. 1 UrhG ergibt.<sup>154</sup>

Der Grundsatz wird vielfach als „Normzweckbestimmung mit Leitbildfunktion“ charakterisiert<sup>155</sup> und dient der angemessenen Beteiligung.<sup>156</sup> § 11 S. 2 UrhG bildet zwar keine eigene Anspruchsgrundlage, ist aber als Auslegungshilfe in vielen Fällen heranzuziehen.<sup>157</sup> Er dient als Leitbild und Orientierungshilfe in der

---

<sup>150</sup> Vgl. *Badura*, S. 57 f.

<sup>151</sup> *Reber*, S. 102.

<sup>152</sup> RGZ 118, 282, 285 ff. – Musikantenmädel; RGZ 123, 312, 319 – Wilhelm Busch; RGZ 129, 252 – Operettenführer; RGZ 134, 198 – Schallplattenrechte; RGZ 136, 377 – Lautsprecher-Wiedergabe; RGZ 140, 231 – Tonfilm; RGZ 140, 255, 257 f. – Der Hampelmann; RGZ 153, 1 – Schallplatten-Rundfunksendung; BGHZ 11, 135, 143 f. – Schallplatten-Lautsprecherübertragung; BGHZ 17, 266, 282 – Grundig-Reporter; BGH ZUM 2011, 560, 561 – Der Frosch mit der Maske; BVerfGE 31, 229 = GRUR 1972, 481, 483 – Kirchen- und Schulgebrauch; BVerfGE 49, 382 = GRUR 1980, 44, 46 – Kirchenmusik;

Schricker/Loewenheim/*Loewenheim/Peifer*, § 11 Rn. 1; Möhring/Nicolini/*Kroitzsch/Götting*, § 11 Rn. 1; Ulmer-Eilfort/*Obergfell*, 1. Teil Kap. D Rn. 3; Dreier/*Schulze*, § 11 Rn. 8; Spindler/Schuster/*Wiebe*, § 11 UrhG Rn. 3.

<sup>153</sup> Revidierte Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst, BGBl. II, 1973, S. 1071.

<sup>154</sup> Vgl. BGH GRUR 2014, 169 Rn. 87; Schricker/Loewenheim/*Loewenheim/Peifer*, § 11 Rn. 1.

<sup>155</sup> Amtl. Begr. zu § 11, BT-Drs. 14/6433, S. 4 i.d.F. der Beschlussempfehlung BT-Drs. 14/7564, Anlage 1;

BT-Drs. 14/8058, S. 18; BGHZ 17, 266, 282 – Grundig Reporter; Wandtke/*Bullinger*, § 11 Rn. 3;

Fromm/Nordemann/*Czychowski*, § 11 Rn. 6; Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, § 11 Rn. 1, 12;

Schricker/Loewenheim/*Loewenheim/Peifer*, § 11 Rn. 2; Dreier/*Schulze*, § 11 Rn. 8; Spindler/Schuster/*Wiebe*, § 11 UrhG Rn. 3.

<sup>156</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim, Einl. Rn. 13; Schricker/Loewenheim/v. Ungern-Sternberg, § 15 Rn. 6.

<sup>157</sup> Vgl. Fromm/Nordemann/*Czychowski*, § 11 Rn. 6; Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, § 11 Rn. 14; Schricker/Loewenheim/*Loewenheim/Peifer*, § 11 Rn. 2.

gerichtlichen Entscheidungspraxis.<sup>158</sup> So ist er unter anderem im Urhebervertragsrecht, aber auch bei Vergütungsansprüchen im Zusammenhang mit Schrankenregelungen zu berücksichtigen.<sup>159</sup> Die genauen Ausprägungen werden im Folgenden noch darzulegen sein.

Besondere Bedeutung hat der Grundsatz zunächst im Vertragsrecht und dort insbesondere mit Blick auf die häufig standardmäßig vereinbarten Pauschalvergütungen in sogenannten Buy-out-Verträgen, da er auch bei der Auslegung der Vorschriften nach dem Normzweck im Rahmen der AGB-Kontrolle unmittelbar herangezogen wird.<sup>160</sup> Dabei sind Klauseln, die das „Ob“ der Vergütung betreffen unwirksam, wohingegen eine Kontrolle der Höhe der Vergütung durch AGB-Recht nicht in Betracht kommt.<sup>161</sup> So tritt etwa *Czychowski* für eine grundsätzliche Berücksichtigung der aus § 31 Abs. 5 UrhG abgeleiteten Übertragungszwecklehre bei der AGB-Kontrolle ein und begründet dies explizit mit der Einführung der Vorschrift des § 11 S. 2 UrhG:

„Selbst wenn man den Übertragungszweckgedanke als gesetzliches Leitbild auf alle Nutzungsrechtseinräumungen anwenden wollte, kann auch eine umfassende Rechteübertragung diesem Leitbild entsprechen.“<sup>162</sup>

Die AGB-Kontrolle will er danach auf solche Ausnahmefälle begrenzen, in denen ein Gestaltungsmissbrauch vorliegt.<sup>163</sup> Begründet wird dies damit, dass § 31 Abs. 5 UrhG eine umfassende Auslegung des Vertrags sowie aller Begleitumstände erfordert, sodass – wie dies etwa häufig im Filmbereich der Fall ist – auch die umfassende Rechteübertragung der Normalfall sein kann.<sup>164</sup> § 11 S. 2 UrhG ändert also nichts daran, dass Klauseln, die unmittelbar den Umfang der

---

<sup>158</sup> Vgl. nur Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Peifer, § 11 Rn. 9.

<sup>159</sup> Vgl. nur Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Peifer, § 11 Rn. 6.

<sup>160</sup> Vgl. Amtl. Begr. zu § 11, BT-Drs. 14/6433, S. 4 i.d.F. der Beschlussempfehlung BT-Drs. 14/7564, Anlage 1; *Appt*, S. 141 f.; Wandtke/Bullinger, § 11 Rn. 4; Fromm/Nordemann/Czychowski, § 11 Rn. 6; *Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch*, § 11 Rn. 13; *Erdmann*, GRUR 2002, 923, 924 ff.; *Büscher/Dittmer/Schiwy/Haberstumpf*, Teil 1 Kap. 10 § 11 Rn. 2; Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Peifer, § 11 Rn. 8; *Schack*, GRUR 2002, 853, 854; *Dreier/Schulze*, § 11 Rn. 8; Wandtke/Bullinger/Wandtke/Grunert, Vor §§ 31 ff. Rn. 97 ff., 108; *Spindler/Schuster/Wiebe*, § 11 UrhG Rn. 3.

<sup>161</sup> Vgl. *Czychowski*, in: FS Wandtke, S. 151, 153; Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Peifer, § 11 Rn. 8 m. w. N.

<sup>162</sup> *Czychowski*, in: FS Wandtke, S. 151, 155.

<sup>163</sup> *Czychowski*, in: FS Wandtke, S. 151, 156.

<sup>164</sup> Vgl. *Czychowski*, in: FS Wandtke, S. 151, 153; v. Hartlieb/Schwarz/N. Reber, 54. Kap. Rn. 8.

vertraglichen Hauptleistungspflicht bestimmen, als zum Kernbereich privatautonomer Vertragsgestaltung gehörend der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB entzogen sind, sodass durchaus auch pauschale Rechtseinräumungen möglich sind.<sup>165</sup> Die Norm gilt jedoch nicht uneingeschränkt, sondern unterliegt vielmehr auch selbst bestimmten Grenzen: So kann eine mutmaßliche Einräumung von zur Zeit des Vertragsschlusses noch unbekannten Nutzungsarten allenfalls bei Vereinbarung einer Beteiligungsvergütung angenommen werden.<sup>166</sup> Im Zweifel ist eine fortlaufende, erfolgsabhängige Vergütung angemessener als eine einmalige Pauschalvergütung.<sup>167</sup> § 11 S. 2 UrhG ist schließlich auch auf Urheber in Arbeits- oder Dienstverhältnissen anwendbar.<sup>168</sup>

## V. Anwendbarkeit des Beteiligungsgrundsatzes auf ausübende Künstler

Einer genaueren Untersuchung bedarf daher die bislang soweit ersichtlich übergangene Frage der Anwendbarkeit des Beteiligungsgrundsatzes auf die ausübenden Künstler. Bedeutung hat dies, da ausübende Künstler als strukturell schwächere Partei wie bereits erwähnt besonders häufig gegenüber den Interessen der Verwerter unterlegen und dadurch an der Durchsetzung einer angemessenen Vergütung gehindert sind.<sup>169</sup> Auch haben Pauschalvergütungen hier angesichts der oftmals zahlreichen Beteiligten mit häufig geringen Beiträgen eine lange Tradition. Während Wortlaut, Systematik und Historie gegen eine entsprechende Anwendung sprechen (1.), ist eine solche gemäß teleologischer sowie richtlinien- und konventionskonformer Auslegung durchaus angezeigt (2.) und daher *de lege ferenda* entsprechend klarzustellen (3.).

---

<sup>165</sup> BGHZ 193, 268 = ZUM 2012, 793, 797 – Honorarbedingungen Freie Journalisten, fortgeführt in BGH ZUM 2014, 582, 583 – Rechteeinräumung Synchronsprecher; Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, § 11 Rn. 13; Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Peifer, § 11 Rn. 8; dies./Haedicke/Peifer, § 32 Rn. 4; Schippan, ZUM 2012, 771, 774 ff.; Nachweise zur Gegenansicht zahlreicher Instanz- und Obergerichte bei Roos, S. 254 ff.

<sup>166</sup> BGH ZUM 2011, 560, 564 – Der Frosch mit der Maske; Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Peifer, § 11 Rn. 9.

<sup>167</sup> BGHZ 182, 337 = ZUM 2010, 48, 51 – Talking to Addison; BGH ZUM 2011, 316, 319 – Destructive Emotions; Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Peifer, § 11 Rn. 9.

<sup>168</sup> Vgl. nur Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Peifer, § 11 Rn. 2.

<sup>169</sup> Vgl. nur Amtl. Begr. BT-Drs. 14/7564, S. 1; Erdmann, GRUR 2002, 923 f.; Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Peifer, § 11 Rn. 7.

## 1. Wortlaut, Systematik und Historie

Bei einer isolierten Betrachtung des Wortlauts von § 11 S. 2 UrhG („Es (= das Urheberrecht) dient zugleich der Sicherung einer angemessenen Vergütung für die Nutzung des Werkes.“) kann man zwar den Begriff des „Urheberrechts“ noch in seinem weiten Sinne als Oberbegriff verstehen, bei dem Begriff des „Werkes“ wird es allerdings bereits schwieriger. Auch im Zusammenhang mit S. 1 der Vorschrift, die ausdrücklich nur von dem Urheber spricht („Das Urheberrecht schützt den Urheber in seinen geistigen und persönlichen Beziehungen zum Werk und in der Nutzung des Werkes.“) wird deutlich, dass hier nur vom Urheber ausgegangen wird.

Dies entspricht auch der übergeordneten Systematik. So steht § 11 UrhG im ersten Teil des UrhG (§§ 1–69g UrhG), welcher das Urheberrecht (im engeren Sinne) zum Gegenstand hat. In dem Abschnitt betreffend die ausübenden Künstler (§§ 73–84 UrhG) findet sich kein Verweis auf die Norm. Eine vergleichbare Vorschrift zum Schutz der ideellen und materiellen Interessen der ausübenden Künstler sieht das Gesetz ebenso wenig vor, weshalb auch umstritten ist, ob der künstlerische Leistungsschutz monistisch oder dualistisch ausgestaltet ist (siehe hierzu bereits oben unter II.). Die Ansicht, welche in den §§ 73 ff. UrhG kein einheitliches Leistungsschutzrecht, sondern ein Bündel von Rechten sieht, bei dem die Vermögensrechte von der persönlichkeitsrechtlichen Komponente getrennt sind<sup>170</sup>, muss damit neben der Ablehnung der monistischen Theorie auch zu einer Nichtanwendbarkeit von § 11 UrhG im Interpretenrecht kommen.

## 2. Teleologische, richtlinien- und konventionskonforme Auslegung

Sinn und Zweck der Vorschrift sprechen dagegen für die Anwendbarkeit auf ausübende Künstler.<sup>171</sup> Es ist nicht ersichtlich, warum die Interpreten in dieser Hinsicht weniger schutzbedürftig sein sollen als die Urheber. Hierfür spricht auch, dass §§ 32, 32a UrhG eingeführt worden sind, um § 11 S. 2 UrhG Rechnung zu tragen.<sup>172</sup> Da die §§ 32, 32a, 32b, 36 und 36a UrhG über § 79 Abs. 2a UrhG auf

---

<sup>170</sup> Siehe etwa Jaeger, S. 80 f.; Peukert, S. 37 ff.

<sup>171</sup> Vgl. auch Wandtke, ZUM 2015, 488, 493 f.

<sup>172</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Peifer, § 11 Rn. 7.

ausübende Künstler für anwendbar erklärt werden, könnte in dem fehlenden Verweis in §§ 73 ff. UrhG auf § 11 S. 2 UrhG im Umkehrschluss ein Redaktionsversehen gesehen werden. Wenn die ganz überwiegende Anzahl der „Vorschriften, die dem Anspruch auf angemessene Vergütung zum Durchbruch verhelfen wollen“<sup>173</sup> auch für die ausübenden Künstler gelten, müssen diese sich auch auf den entsprechenden programmatischen Grundsatz berufen können.

Auch eine richtlinienkonforme Auslegung der Vorschrift spricht für die Einbeziehung der ausübenden Künstler in ihren Schutz. So heißt es in Erwägungsgrund 10 der InfoSoc-RL: Wenn Urheber und ausübende Künstler weiter schöpferisch und künstlerisch tätig sein sollen, müssen sie für die Nutzung ihrer Werke eine angemessene Vergütung erhalten, was ebenso für die Produzenten gilt, damit diese die Werke finanzieren können. Auch in Erwägungsgrund 73 der DSM-RL zur angemessenen Vergütung der Urheber und ausübenden Künstler kommt dies zum Ausdruck. So sind jedenfalls die materiellen Interessen auch der Leistungsschutzberechtigten über § 11 UrhG geschützt.<sup>174</sup> Schließlich soll auch nicht unerwähnt bleiben, dass im internationalen Urheberrecht der Begriff der „angemessenen Vergütung“ erstmals in Art. 12 des Rom-Abkommens zu finden ist und dann von WPPT und BTAP<sup>175</sup> übernommen wurde, also seine Anfänge im Bereich der Rechte der ausübenden Künstler (und Tonträgerhersteller) hat<sup>176</sup>, auch wenn er sich dort allein auf die Vergütung bei gesetzlich erlaubter Nutzung (siehe hierzu später im Kapitel 5) bezieht.

### **3. Stellungnahme und Anregung *de lege ferenda***

Im Ergebnis ist daher aus Gleichbehandlungsgründen sowie aus europa- und völkerrechtlichen Gesichtspunkten auch den ausübenden Künstlern die Möglichkeit der Berufung auf den Beteiligungsgrundsatz zuzugestehen. Dies hätte zwar aufgrund des fehlenden Charakters der Norm als Anspruchsgrundlage keine direkten Auswirkungen, womit auch der bislang fehlende Verweis zu erklären

---

<sup>173</sup> Hertin/Wagner, Rn. 754.

<sup>174</sup> Vgl. Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, § 11 Rn. 4.

<sup>175</sup> Beijing Treaty on Audiovisual Performances (adopted on June 24, 2012), abrufbar unter <https://wipolex.wipo.int/en/text/295838> (zuletzt abgerufen am 13.12.2020).

<sup>176</sup> Vgl. auch Reinbothe, in: FS Walter, S. 101, 103.

sein mag. Dennoch böte dies für die Ausgestaltung der Vergütungsansprüche eine wichtige Auslegungshilfe, bei deren Anwendung im Übrigen die jeweiligen Besonderheiten, wie etwa eine im Bereich der ausübenden Künstler möglicherweise weitere Verbreitung von Pauschalvergütungen, weiterhin berücksichtigt werden könnten.

Daher ist die Forderung nach einer expliziten Erwähnung der ausübenden Künstler in § 11 UrhG (wie im Übrigen auch in § 1 UrhG)<sup>177</sup> zu begrüßen. Mit Blick auf eine mögliche Verwässerung und Überfrachtung werden solche Erweiterungen von allgemeinen Programmsätzen zwar durchaus kritisch gesehen.<sup>178</sup> In diesem Falle würde von einer klarstellenden Ergänzung des § 11 UrhG jedoch eine große symbolische Wirkung ausgehen, welche nicht zu unterschätzen ist. Insbesondere hätte die Umsetzung der DSM-RL für eine solche Ergänzung genutzt werden können.<sup>179</sup> Dies hätte wiederum eine besondere Signalkraft zur Folge gehabt.

#### **4. Zusammenfassung**

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der durch das Gestez zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern eingeführte Beteiligungsgrundsatz nach seinem Wortlaut sowie in systematischer und historischer Auslegung strenggenommen auf das Urheberrecht im engeren Sinne begrenzt ist. Eine teleologische sowie richtlinien- und völkerrechtskonforme Auslegung legt jedoch eine Gleichbehandlung aller Kreativen nahe. Aufgrund des rein deklaratorischen Charakters der Norm sind die Auswirkungen ihrer Nichtberücksichtigung für eine angemessene Vergütung der Interpreten zwar marginal. Eine gesetzliche Klarstellung, etwa im Zuge der Umsetzung der DSM-RL, wäre aufgrund ihrer symbolischen Wirkung dennoch zu begrüßen.

---

<sup>177</sup> So etwa *Wandtke*, ZUM 2015, 488, 495.

<sup>178</sup> So etwa *Obergfell/Zurth*, ZGE/IPJ 2016, 1, 46.

<sup>179</sup> So auch *Schulze*, GRUR 2019, 682, 684 – wenn auch mit dem (zutreffenden) Eingeständnis, dass dies der Gesetzesstruktur widerspräche.



## VI. Ausschließlichkeitsrechte und Vergütungsansprüche als Ausprägungen der Verwertungsrechte

Der Grundsatz der angemessenen Vergütung kann in verschiedenen Konstellationen relevant werden. So können die Verwertungsrechte, für die sich daneben der europarechtlich geprägte Oberbegriff der „vermögensrechtlichen Befugnisse“ (abgeleitet aus Art. 4 Schutzdauer-RL) etabliert hat, als Ausschließlichkeitsrecht oder als gesetzlicher Vergütungsanspruch ausgestaltet werden.<sup>180</sup> Es handelt sich hierbei um zwei Ausprägungen, die auf unterschiedlichen Wegen dasselbe Ziel verfolgen.<sup>181</sup> Es muss daher insbesondere bei den im Zuge der Digitalisierung neu entstandenen Nutzungsarten genau untersucht werden, von welcher Kategorie sie umfasst werden oder ob womöglich noch eine Regelungslücke besteht. Sodann stellt sich die Frage, wie diese zu schließen ist. Hierbei sind insbesondere die Interessen der ausübenden Künstler zu berücksichtigen, die zum Teil – branchenabhängig – divergieren können. So steht, etwa im Musikbereich, häufig das Interesse an einer möglichst umfassenden Verwertung mit einer entsprechenden Beteiligung hieran im Vordergrund, wohingegen in anderen Fällen, insbesondere im Filmbereich, dem Erhalt der Kontrolle über die Art und Weise der Verwertung teilweise eine größere Bedeutung zugemessen wird.<sup>182</sup>

Ausgehend von der Betrachtung des komplexen Geflechts unterschiedlicher Interessen, denen das Interpretenrecht im digitalen Zeitalter verpflichtet ist (1.) ist im Folgenden auf das Verhältnis zwischen Ausschließlichkeitsrechten und gesetzlichen Vergütungsansprüchen (2.) sowie etwaige Vorteile der letztgenannten einzugehen (3.).

---

<sup>180</sup> Vgl. *Grünberger* ZUM 2015, 273; *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, Vor §§ 73 ff. Rn. 5, § 77 Rn. 1; zur Unterscheidung zwischen vertraglichen und gesetzlichen Vergütungsansprüchen siehe auch *Ulmer-Eilfort/Obergfell*, 1. Teil Kap. D Rn. 1 f.

<sup>181</sup> Vgl. *Pflüger*, S. 119; *Schack*, ZUM 2001, 453, 457.

<sup>182</sup> Vgl. nur *Grandjean*, ZUM 2019, 409, 412 f.; *Pappi*, ZUM 2020, 11, 13 f.; *Sasse/Waldhausen*, ZUM 2000, 837, 838.

## 1. Die pentagonale Interessendivergenz

Das Urheberrecht ist seit jeher durch das Spannungsverhältnis zwischen den Interessen der beteiligten Akteure gekennzeichnet. Dieses hat sich mit den neu aufkommenden Verwertungsarten des Digitalzeitalters und dem damit einhergehenden Eintritt der Intermediäre als Werkvermittler noch verstärkt. *Flehsig* spricht in diesem Zusammenhang von einem “*copyright turn* vom Urheberrecht zum *Recht des Urhebers und Nutzers und seiner Intermediäre*”<sup>183</sup>. Im Recht der ausübenden Künstler gibt es ohnehin bereits eine weitere Dimension. Aus diesem Grund muss zunehmend eine Gesamtbetrachtung der Schaffens- und Existenzbedingungen erfolgen im Sinne einer „Ökologie des Urheberrechts als *Lehre von den gesamten Beziehungen des Urhebers und seines Werkes zur Außenwelt*“<sup>184</sup>.

Auch *Hilty* hat bereits kritisiert, dass das Urheberrecht auf der fiktiven bipolaren Interessenlage zwischen den Rechteinhabern auf der einen und den Nutzern auf der anderen Seite beruhe.<sup>185</sup> Es ist jedoch zwischen den Kreativen als originären Rechteinhabern und den Verwertern als derivativen Rechteinhabern zu unterscheiden, die wiederum beide gegenüber den Nutzern andere Interessen haben, sodass man von einer „tripolaren Interessenlage“<sup>186</sup> sprechen kann. Auf der anderen Seite profitieren die Rechteinhaber natürlich von den Verwertern, die durch die Übernahme des Investitionsrisikos dem Werk erst zu seinem Erfolg verhelfen.

Kreative und Verwerter können sich dabei beide auf die Eigentumsgarantie berufen, wohingegen für die Nutzerinteressen Grundrechtspositionen wie die Sozialbindung des Eigentums, aber auch etwa die Meinungsfreiheit streiten.<sup>187</sup> Die Interessen der Allgemeinheit stehen dabei tendenziell eher in Widerspruch zu den Interessen der Verwerter als zu denjenigen der originären Rechteinhaber, sodass die Gefahr der Bildung monopolistischer Strukturen im Rahmen von Verwertungsketten mit der Folge von Preisdiskriminierungen üblicherweise in der

---

<sup>183</sup> *Flehsig*, ZGE/IPJ 2011, 19, 45.

<sup>184</sup> *Flehsig*, ZGE/IPJ 2011, 19, 37 mit Verweis u.a. auf *Hilty*, GRUR 2005, 819.

<sup>185</sup> *Hilty*, GRUR 2005, 819, 820.

<sup>186</sup> *Hilty*, GRUR 2005, 819, 820; *ders.*, in: FS Schricker 2005, S. 325, 329 f.

<sup>187</sup> Vgl. *Hilty*, GRUR 2005, 819, 824; *ders.*, in: FS Schricker 2005, S. 325, 330, 340.

Sphäre der Verwerter entsteht.<sup>188</sup> *Ohly* hat aufgrund dieses Dreiecksverhältnisses bereits 2014 vorgeschlagen, in § 11 UrhG (etwa als Satz 3) das Erfordernis eines fairen und angemessenen Ausgleichs der Interessen von Urhebern, Verwertern und Nutzern aufzunehmen.<sup>189</sup>

Diese Tripolarität kann nun für ausübende Künstler im digitalen Zeitalter auf eine „pentagonale Interessendivergenz“<sup>190</sup> erweitert werden: So können zunächst Urheber und Interpreten ein und desselben Werkes bereits unterschiedliche Interessen haben. Der zweite Konflikt entsteht jeweils mit den Verwerterinteressen, insbesondere da die derivativen Rechteinhaber zugleich selbst Inhaber originärer Ausschließlichkeitsrechte an ihrer unternehmerischen Leistung sein können. Außerdem besteht auch hier jeweils der Widerspruch zu den Interessen der Nutzer. Schließlich nehmen im digitalen Zeitalter die sogenannten Intermediäre eine besondere Rolle ein.<sup>191</sup> Daher ist im Folgenden ein besonderer Fokus auf die zur Regulierung dieser Dienste erlassene DSM-RL und die hierdurch erforderlich gewordenen weiteren Anpassungen der nationalen Regelungen zu legen.

## **2. Ersetzung von Verbotsrechten durch gesetzliche Vergütungsansprüche**

Zwar wird auch aus der Perspektive der ökonomischen Analyse des Rechts der Ausgestaltung als Ausschließlichkeitsrechte der Vorrang gegenüber gesetzlichen Vergütungsansprüchen eingeräumt.<sup>192</sup> Im digitalen Zeitalter stellt sich jedoch zunehmend die Frage, ob gesetzliche Vergütungsansprüche dem Rechteinhaber nicht zu einer besseren Durchsetzung seiner Rechte verhelfen würden als ein Ausschließlichkeitsrecht.<sup>193</sup> Dies gilt nicht erst, seit Plattformen wie „YouTube“ wichtige Verwertungskanäle beherrschen, sondern betrifft alle Vervielfältigungsmöglichkeiten in einem abgeschlossenen (häufig privaten) Bereich, über den der Rechteinhaber keine Kontrolle mehr hat.<sup>194</sup> So kam *Rossbach* bereits 1990 zu dem Schluss, dass sich die Ausschließlichkeitsrechte

---

<sup>188</sup> Vgl. *Hilty*, GRUR 2005, 819, 824; *ders.*, in: FS Schricker 2005, S. 325, 340.

<sup>189</sup> *Ohly*, Gutachten F, S. 21.

<sup>190</sup> Schricker/Loewenheim/*Grünberger*, Vor §§ 73 ff. Rn. 71.

<sup>191</sup> So etwa auch *Peifer*, ZUM 2019, 648.

<sup>192</sup> Vgl. *Peukert*, ZUM 2003, 1050, 1051.

<sup>193</sup> Vgl. auch *Dietz*, GRUR Int. 2015, 309, 313.

<sup>194</sup> Vgl. nur *Schack*, Rn. 486; *Walter*, in: FS Schulze, S. 185, 186.

angesichts der Problematik ihrer Durchsetzung in der Praxis häufig als stumpfes Schwert erweisen.<sup>195</sup> Zugleich räumt sie jedoch ein, dass „das Rechtsinstitut der gesetzlichen Vergütungsansprüche nicht dazu mi(ss)braucht werden (sollte), alle neu auftretenden Nutzungsvorgänge, die die Weiterentwicklung der Technik eröffnet, vorschnell zu erfassen.“<sup>196</sup>

„Es sollte von Fall zu Fall geprüft werden, ob nicht das die Position des Urhebers am stärksten schützende Ausschließlichkeitsrecht die für ihn günstigere Regelung ist. Nur in solchen Bereichen, wo das verneint werden mu(ss), bzw. wo überwiegende Belange der Allgemeinheit den freien Zugang zu Geisteswerken fordern, sollten gesetzliche Vergütungsansprüche statuiert werden. Dies ist in denjenigen Nutzungsfällen zweckmäßig, in denen jeweils eine Vielzahl von Einzelnutzern im Privatbereich nach Belieben und für Urheber und auch Verwertungsgesellschaften unkontrollierbar Zugriff auf Urheberrechtsgut nehmen kann, so wie das bei privaten Mitschnitten im Audio- und Videobereich möglich ist und bei der reprographischen Vervielfältigung. In diesen besonderen Bereichen ist das strikte Festhalten an der individualrechtlichen, durch Ausschließlichkeitsrechte gekennzeichneten Konzeption des Urheberrechts nicht mehr möglich und die Einführung gesetzlicher Vergütungsansprüche daher interessengerecht.“<sup>197</sup>

*Hilty* konkretisiert die Bedingungen für eine Ersetzung von Verbotsrechten durch gesetzliche Vergütungsansprüche dahingehend, dass ein Versagen des Marktes der individuellen Lizenzierung vorliegen muss.<sup>198</sup> Zusammenfassend nennt er folgende Voraussetzungen, unter denen ein gesetzgeberischer Eingriff in eine bestehende, absolutrechtlich geschützte Rechtsposition legitimiert sein kann: irgend eine relevante Form von Marktversagen, die zwingende Verbindung der entsprechenden Werknutzungen mit einem verwertungsgesellschaftspflichtigen Vergütungsanspruch und schließlich die zwingende Beteiligung der Kreativen an dem so generierten Vergütungsaufkommen.<sup>199</sup>

Die Durchsetzbarkeit von gesetzlichen Vergütungsansprüchen wird zwar trotz der ihnen zugrunde liegenden verfassungsrechtlich geschützten Eigentumsposition

---

<sup>195</sup> *Rossbach*, S. 323.

<sup>196</sup> *Rossbach*, S. 340.

<sup>197</sup> *Rossbach*, S. 340 f.

<sup>198</sup> *Hilty*, GRUR 2005, 819, 822.

<sup>199</sup> Vgl. *Hilty*, GRUR 2005, 819, 823; zur letztgenannten Voraussetzung siehe auch *ders.*, in: FS Schrickler 2005, S. 325, 348 f.

teilweise noch problematischer als bei den Ausschließlichkeitsrechten gesehen.<sup>200</sup> Auch wird durch die pauschale Abgeltung von Nutzungsvorgängen die Vergütung von diesen abgekoppelt, zum anderen hängt eine angemessene Beteiligung von den entsprechenden Verteilungsregeln der die meisten gesetzlichen Vergütungsansprüche wahrnehmenden Verwertungsgesellschaften ab.

Im Bereich der Leistungsschutzrechte haben die gesetzlichen Vergütungsansprüche jedoch eine lange Tradition. So haben ausübende Künstler (wie auch die Tonträgerhersteller) einen Vergütungsanspruch, wenn „ein zu Handelszwecken veröffentlichter (erschienener) Tonträger (unmittelbar) für Rundfunksendungen oder „irgendeine“ öffentliche Wiedergabe benützt wird.“<sup>201</sup> Diese Vorschrift findet sich sowohl im Rom-Abkommen als auch im WPPT sowie im BTAP. Das italienische Urheberrechtsgesetz von 1941 sah sogar sowohl für die Erstverwertung als auch für die Zweitverwertung lediglich einen Anspruch auf angemessene Vergütung vor.<sup>202</sup> Im deutschen Recht sind die im UrhG von 1965 vorgesehenen gesetzlichen Vergütungsansprüche im Kern bereits im LUG und KUG<sup>203</sup> angelegt und durch die Rechtsprechung anerkannt worden.<sup>204</sup> Danach sind einige vermögensrechtliche Befugnisse bei der Zweitverwertung, etwa im Bereich der Sendung, als gesetzliche Vergütungsansprüche ausgestaltet. Dies beruhe auf der Erkenntnis, dass gewisse Nutzungshandlungen aufgrund der Sozialbindung des Eigentums (Art. 14 GG) zwar nicht verboten werden können, deshalb aber auch nicht entschädigungslos hinzunehmen seien.<sup>205</sup> Zum Teil wird dies aber auch sehr negativ gesehen. So werde das Urheberrecht gefährlich relativiert durch die „immer häufigere Ersetzung von Ausschließlichkeitsrechten durch bloße Vergütungsansprüche“, welche als „faule Kompromisse“ zur Gewissensberuhigung von Gesetzgeber und Rechtsprechung eine „schleichende Aushöhlung des Urheberrechts“ bewirken.<sup>206</sup>

---

<sup>200</sup> Vgl. etwa *Gerlach*, in: FS Pfennig, S. 351, 353, 355 ff.; siehe auch *Vogel*, in: FS Nordemann, S. 349, 350.

<sup>201</sup> *Walter*, in: FS Schulze, S. 185, 190.

<sup>202</sup> Vgl. *Beining*, S. 55 f.; *Schack*, Rn. 485.

<sup>203</sup> Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie vom 9. Januar 1907, RGBl. 1907, S. 7.

<sup>204</sup> Vgl. *Rosbach*, S. 25 f.; *Stöhr*, S. 22 f.

<sup>205</sup> Vgl. *Kloth*, S. 153; *Rosbach*, S. 29 f.; *Schack*, Rn. 94, 475.

<sup>206</sup> *Schack*, in: Depenheuer/Peifer, S. 123, 139.

### 3. Dogmatik und Vorteile einer gesetzlichen Vergütung

Die Rechtsnatur der gesetzlichen Vergütungsansprüche außerhalb solcher im Rahmen von Schrankenregelungen (siehe hierzu später im Kapitel 5) ist umstritten. Während eine Ansicht in diesen Vergütungsansprüchen eine Abschwächung bzw. ein funktionales Äquivalent des jeweiligen Verwertungsrechts sieht<sup>207</sup>, handelt es sich nach der wohl überwiegenden Ansicht in Rechtsprechung und Literatur hierbei um einen vermögensrechtlichen Anspruch eigener Art, der kein Minus, sondern ein Aliud zu den Ausschließlichkeitsrechten darstellt, also eine dritte Kategorie neben dem Urheberpersönlichkeitsrecht und den Verwertungsrechten.<sup>208</sup>

So tritt etwa auch der seit 1995 für das Vermieten von Bild- und Tonträgern gewährte Vergütungsanspruch rechtlich selbständig neben das ausschließliche Vermietrecht, da die Funktion der Vergütungsansprüche in der Ergänzung der jeweiligen Ausschließlichkeitsrechte besteht.<sup>209</sup> Dieser Anspruch trägt insbesondere dem Umstand Rechnung, dass die Interpreten ihr ausschließliches Vermietrecht in der Praxis in aller Regel dem Produzenten zur ausschließlichen Nutzung einräumen und als regelmäßig schwächere Vertragspartei dabei keine angemessene Beteiligung an der künftigen wirtschaftlichen Verwertung durch Vermietung aushandeln können.<sup>210</sup> Aufgrund dieser Ausgleichsfunktion folgt aus Art. 14 GG eine entsprechende Pflicht des Gesetzgebers zur Einführung gesetzlicher Vergütungsansprüche.<sup>211</sup> Daneben gibt es das System kollektiver Lizenzen, bei dem die erforderliche Erlaubnis der Rechteinhaber nur kollektiv durch Verwertungsgesellschaften erteilt werden kann.<sup>212</sup> Aber auch der gesetzliche Vergütungsanspruch wird als besonders wertvoll angesehen, wenn er über Verwertungsgesellschaften wahrgenommen wird:

---

<sup>207</sup> Vgl. *Ulmer*, S. 293.

<sup>208</sup> Vgl. BGH GRUR 1985, 131, 132 – Zeitschriftenauslage beim Friseur; BGHZ 92, 54 = GRUR 1985, 134 – Zeitschriftenauslage in Wartezimmern; BGH GRUR 1986, 736, 738 – Schallplattenvermietung; *Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch*, § 27 Rn. 15; *Kloth*, S. 155 f.; *Schricker/Loewenheim*, § 27 Rn. 7; *Rossbach*, S. 74, 79 ff.; *Dreier/Schulze*, § 27 Rn. 10; *Stöhr*, S. 74 ff.; offen gelassen in BVerfGE 31, 255, 262 – Tonbandvervielfältigung.

<sup>209</sup> Vgl. *Kloth*, S. 156.

<sup>210</sup> Vgl. BT-Drs. 13/115, S. 7.

<sup>211</sup> Vgl. *Ritgen*, JZ 2002, 114, 118.

<sup>212</sup> Vgl. *Walter*, in: FS Schulze, S. 185, 187.

„Aus Sicht der Kreativen ist ein gesetzlicher Vergütungsanspruch, der über Verwertungsgesellschaften realisiert wird, in wirtschaftlicher Hinsicht oft vorteilhafter als ein Ausschließlichkeitsrecht, das in den Händen von Produzenten landet, wenn dort der Verteilungsaspekt, wie so oft nicht ausreichend geregelt ist.“<sup>213</sup>

Denn die Geltendmachung eines Verbotsrechts hat noch keine Vergütung zur Folge, der bloße Vergütungsanspruch jedoch schon, jedenfalls wenn die Vergütung zwingend durch eine Verwertungsgesellschaft geltend zu machen ist und dem Kreativen hieraus zwingend ein Anteil zusteht.<sup>214</sup> Da es angesichts des Grundsatzes der Vertragsfreiheit schwierig ist, im Rahmen des primären Urhebervertragsrechts zu einer besseren Verteilungsgerechtigkeit zu gelangen, werden gesetzliche Vergütungsansprüche oder eine (zwingende) kollektive Wahrnehmung durch Verwertungsgesellschaften als vielversprechend angesehen.<sup>215</sup> Auch in der ökonomischen Analyse des Rechts werden *liability rules* dort befürwortet, wo Ausschließlichkeitsrechte keine ausreichende Exklusivitätswirkung entfalten, weil sich die gesetzlichen Befugnisse faktisch nicht durchsetzen lassen, oder ihre Funktion aus anderen Gründen nicht erfüllen können.<sup>216</sup>

*Lehmann* dagegen kritisiert die „Abschwächung“ von Verbotsrechten zu Vergütungsansprüchen im deutschen Urheberrecht, welche keine adäquate Entsprechung in anderen Schutzsystemen des geistigen und gewerblichen Eigentums habe.<sup>217</sup> Außerdem kritisiert er die fehlende klare Ausgestaltung des Verhältnisses von Ausschließlichkeitsrechten und zwingenden Vergütungsansprüchen sowie die Intransparenz der notwendigen Klarstellung der Mindestrechte der Nutzer von urheberrechtlich geschützten Werken in der digitalen Welt.<sup>218</sup> Auch aus der Musikindustrie, welche als Vertreterin der Tonträgerhersteller weiter für eine marktwirtschaftliche Lösung plädiert, wird die Forderung nach einem funktionierenden Gesamtsystem unter Beibehaltung der vorrangigen Stellung von Exklusivrechten und unter Vermeidung von deren

---

<sup>213</sup> Dietz, GRUR Int. 2015, 309, 313 mit Verweis auf BGHZ 151, 300 = BGH ZUM 2002, 740 – Elektronischer Pressespiegel.

<sup>214</sup> Vgl. auch Hilty, in: FS Schricker 2005, S. 325, 331 (zum Urheber).

<sup>215</sup> Vgl. etwa Hilty, GRUR 2005, 819, 820 f.; Walter, in: FS Schulze, S. 185, 196 f.

<sup>216</sup> Vgl. Peukert, ZUM 2003, 1050, 1051.

<sup>217</sup> Lehmann, in: FS Nordemann, S. 43.

<sup>218</sup> Lehmann, in: FS Nordemann, S. 43, 47 ff.

Beschränkung laut, wonach Direktvergütungsansprüche nur in den gesetzlich angeordneten Ausnahmefällen in Betracht kommen sollen.<sup>219</sup> Entsprechend wurde auch der bereits in dem Diskussionsentwurf des BMJV vom 24. Juni 2020 zum UrhDaG vorgeschlagene Direktvergütungsanspruch von dieser Seite scharf kritisiert.<sup>220</sup>

Mit der vorliegenden Arbeit soll diese bislang praktizierte marktwirtschaftliche Lösung über Exklusivrechte kritisch auf ihre Wirksamkeit für eine angemessene Vergütung der ausübenden Künstler im digitalen Zeitalter untersucht und einer Lösung über gesetzliche Vergütungsansprüche gegenübergestellt werden.

#### **4. Zusammenfassung**

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Ausgangslage für einen angemessenen Ausgleich zwischen den divergierenden Interessen aller beteiligten Akteure – Urheber, Interpreten, Produzenten, Intermediäre und Nutzer – im Zeitalter der Digitalisierung keine einfache ist. Dabei ist aufgrund der zunehmenden Massennutzungen eine erschwerte Durchsetzung der Exklusivrechte festzustellen, weshalb möglicherweise verstärkt über gesetzliche – gegebenenfalls auch nur im Rahmen der kollektiven Rechtswahrnehmung geltend zu machende – Vergütungsansprüche nachzudenken ist.

### **VII. Ergebnis**

Abschließend bleibt festzuhalten, dass auch für die angemessene Vergütung ausübender Künstler neben der verfassungsrechtlichen Verankerung in Art. 14 GG der Beteiligungsgrundsatz mit Leitbildfunktion des § 11 S. 2 UrhG als Anknüpfungspunkt heranzuziehen ist. Auch das Recht der ausübenden Künstler folgt der monistischen Theorie.

---

<sup>219</sup> Vgl. Houareau, MMR 2019, 635, 636.

<sup>220</sup> Vgl. Einschätzung des Bundesverbands Musikindustrie zum „Diskussions-Entwurf“ für ein „Zweites Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes vom 24. Juni 2020“ zur Umsetzung eines Teils der DSM-Richtlinie (EU 2019/790), abrufbar unter [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/073120\\_Stellungnahme\\_Bundesverband-Musikindustrie\\_RefE\\_Urheberrecht-II.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/073120_Stellungnahme_Bundesverband-Musikindustrie_RefE_Urheberrecht-II.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (zuletzt abgerufen am 13.12.2020), S. 4, 14 ff.



Schließlich bedarf es einer genauen Untersuchung, bei welchen Nutzungsformen des Digitalzeitalters an Ausschließlichkeitsrechten festzuhalten ist und wo den Interessen der ausübenden Künstler im Geflecht der unterschiedlichen Akteure mithilfe von gesetzlichen Vergütungsansprüchen besser Rechnung getragen werden kann. Dies soll im Folgenden unternommen werden.



## **Kapitel 2**

### **Von Ausschließlichkeitsrechten ausübender Künstler umfasste Online-Nutzungsarten**

Wie bereits erwähnt kennt das Urheberrecht ganz überwiegend Ausschließlichkeitsrechte, was grundsätzlich auch im Recht der ausübenden Künstler der Fall ist. Zuletzt wurde an dieser Prämisse auch vom Bundesverfassungsgericht explizit festgehalten.<sup>221</sup> Dies hat vor allem zwei Gründe:

„Denn im Rahmen einer Marktwirtschaft erfüllt das Urheberrecht die Funktion, aufgrund ihrer Natur potentiell ubiquitäre und einer rivalisierenden Nutzung offenstehende immaterielle Güter überhaupt handelbar zu machen. Zugleich dient es dazu, die Urheberschaft anzuerkennen und durch die Ausschließlichkeitsgarantie den Anreiz für Produktion und Verbreitung neuer und innovativer immaterieller Güter zu setzen.“<sup>222</sup>

Ausschließlichkeitsrechte gewähren ein (positives) Nutzungs- und ein (negatives) Verbotsrecht und dienen dem Zweck, dem Urheber oder ausübenden Künstler die Kontrolle über die Verwertung zu erhalten. Im Folgenden ist daher zu untersuchen, welche digitalen Nutzungshandlungen von Ausschließlichkeitsrechten der ausübenden Künstler erfasst werden. Dies ist insofern relevant, als in diesen Fällen über die Möglichkeit der Rechteeinräumung oder -übertragung nach § 79 UrhG im Rahmen des interpretenvertragsrechtlichen Mechanismus gegebenenfalls eine angemessene Vergütung erzielt werden kann (siehe hierzu dann im folgenden Kapitel 3). Wie bei den Verwertungsrechten des Urhebers (§ 15 Abs. 1, Abs. 2 UrhG) ist dabei auch im Recht der ausübenden Künstler die – in § 77 UrhG geregelte – körperliche (I.) von der – in § 78 UrhG normierten – unkörperlichen Verwertung (II.) zu unterscheiden. Schließlich ist die Frage nach der Bedeutung der Verwertungsgesellschaften in diesem Bereich in den Blick zu nehmen (III.).

---

<sup>221</sup> BVerfGE 142, 74 = ZUM 2016, 626 – Metall auf Metall.

<sup>222</sup> Dreier, CR 2000, 45; vgl. auch Schack, in: Depenheuer/Peifer, S. 123, 134.

## I. Die körperliche Verwertung (§ 77 UrhG)

§ 77 UrhG betrifft die Verwertung einer Darbietung in körperlicher Form.<sup>223</sup> Die Vorschrift gewährt dem ausübenden Künstler generell ein Ausschließlichkeitsrecht zur Sicherung der Kontrolle über den unmittelbaren Wirkungsbereich der Darbietung.<sup>224</sup> Im Unterschied zum Urheberrecht, das in § 15 Abs. 1 UrhG eine lediglich beispielhafte Aufzählung körperlicher Verwertungsrechte vorsieht („insbesondere“), welche – wenn auch nur innerhalb des durch den vollharmonisierenden Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL abgesteckten Rahmens – offen ist für weitere Nutzungsrechte, ist § 77 UrhG abschließend.<sup>225</sup> Im Übrigen stimmt die Vorschrift jedoch weitgehend mit dem Urheberrecht überein. Die einzelnen in § 77 Abs. 1 und 2 UrhG gewährten Rechte bestehen unabhängig voneinander und können vom ausübenden Künstler selbstständig geltend gemacht werden, sodass die Einräumung des Aufnahmerechts beispielsweise nicht die Erschöpfung des Vervielfältigungs- und Verbreitungsrechts zur Folge hat, auch wenn in der Vertragspraxis beide Rechte zusammen übertragen werden, da die Aufnahme Voraussetzung einer jeden Vervielfältigung und Verbreitung ist und beide Verwertungsarten wirtschaftlich dasselbe Ziel verfolgen.<sup>226</sup> Im Unterschied zum Urheber (§ 23 UrhG) steht dem ausübenden Künstler zwar kein Bearbeitungsrecht zu.<sup>227</sup> Dieses hat dort jedoch ohnehin keine eigenständige Bedeutung.<sup>228</sup> Unionsrechtlich ist das Bearbeitungsrecht Teil des Vervielfältigungsrechts (siehe hierzu später im Kapitel 5 unter II. 1.).

Wegen der fast vollständigen Harmonisierung der körperlichen Verwertungsrechte (lediglich mindestharmonisiert ist nur das Verleihrecht) sind diese richtlinienkonform auszulegen, wobei ein unionsrechtlich autonomes Begriffsverständnis zugrunde zu legen ist, sodass ein Rückgriff auf §§ 16, 17

---

<sup>223</sup> Vgl. *Dünnwald/Gerlach*, Vor § 77 Rn. 1 f., § 77 Rn. 1; *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 77 Rn. 1; *Büscher/Dittmer/Schiwy/Pielsticker*, Teil 1 Kap. 10 § 77 Rn. 1.

<sup>224</sup> Vgl. *Wandtke/Bullinger/Büscher*, § 77 Rn. 1; *Dreier/Schulze*, § 77 Rn. 1.

<sup>225</sup> Vgl. auch *Dünnwald/Gerlach*, Vor § 77 Rn. 2; *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 77 Rn. 2; *Fromm/Nordemann/Schaefer*, § 77 Rn. 1; *Möhring/Nicolini/Stang*, § 77 Rn. 1.

<sup>226</sup> Vgl. *Wandtke/Bullinger/Büscher*, § 77 Rn. 2.

<sup>227</sup> Vgl. *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 77 Rn. 2, 42 f.

<sup>228</sup> Vgl. *Rohweder*, UFITA 2015/III, 401, 412.

UrhG nur bei Vereinbarkeit mit den Vorgaben der Richtlinie erfolgen darf.<sup>229</sup> Während ist dies für das Vervielfältigungs- und Vermietrecht unproblematisch ist, da in Art. 2 InfoSoc-RL bzw. in Art. 3 Abs. 1 Vermiet- und Verleih-RL der Schutzzinhalt einheitlich vorgegeben ist, fehlt es an einer unionsrechtlich einheitlichen Definition des Aufnahme- und Verbreitungsrechts.<sup>230</sup> Diese findet sich aber in Art. 7 lit. b) Rom-Abkommen, Art. 14 Abs. 1 S. 1 TRIPS<sup>231</sup> und Art. 6 lit. i) WPPT. Da die EU selbst Vertragsstaat von TRIPS und WPPT ist und sich die Rechtsangleichung nicht in Widerspruch zu anderen internationalen Übereinkommen setzen soll, sind unionsrechtlich harmonisierte Rechte im Lichte derselben Begriffe der internationalen Übereinkommen, also zugleich mittelbar völkerrechtskonform auszulegen.<sup>232</sup>

Besonders zu berücksichtigen sind dabei die Begriffsdefinitionen im WPPT.<sup>233</sup> Der WPPT sieht zwar Ausschließlichkeitsrechte vor (namentlich in Art. 6 bis 10), aber ohne unmittelbare Wirkung.<sup>234</sup> Nach Art. 6 lit. ii) WPPT haben die ausübenden Künstler das ausschließliche Recht der Festlegung ihrer nicht festgelegten Darbietung. Art. 7 WPPT sieht ein umfassendes Vervielfältigungsrecht vor und geht dabei über Art. 7 lit. c) Rom-Abkommen und Art. 14 Abs. 1 S. 1 TRIPS hinaus.<sup>235</sup> Art. 8 WPPT beinhaltet das ausschließliche Verbreitungsrecht. Dieses ist nahezu deckungsgleich mit demjenigen der Urheber, weshalb der Rückgriff auf Art. 4 WCT<sup>236</sup> erfolgen kann.<sup>237</sup> Art. 9 WPPT kodifiziert das ausschließliche Vermietrecht und entspricht dabei Art. 14 Abs. 4 S. 1 TRIPS.<sup>238</sup> Nach den Legaldefinitionen in Art. 2 lit. b) WPPT und Art. 2 lit. c) WPPT sind jedoch für sämtliche Ausschließlichkeitsrechte alle visuellen und audiovisuellen Festlegungen ausgeschlossen.

---

<sup>229</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 77 Rn. 8 f.

<sup>230</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 77 Rn. 9.

<sup>231</sup> Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums, BGBl. II, 1994, S. 1730.

<sup>232</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 77 Rn. 9.

<sup>233</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 77 Rn. 9 m. w. N.

<sup>234</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 77 Rn. 21.

<sup>235</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 77 Rn. 21.

<sup>236</sup> WIPO Copyright Treaty (adopted in Geneva on December 20, 1996), abrufbar unter <https://wipolex.wipo.int/en/text/295157> (zuletzt abgerufen am 13.12.2020).

<sup>237</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 77 Rn. 22.

<sup>238</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 77 Rn. 23.

Der jüngst in Kraft getretene Vertrag von Peking zum Schutz von audiovisuellen Darbietungen (BTAP) hat schließlich erstmals im internationalen Recht einen umfassenden, im Wesentlichen dem WPPT entsprechenden Schutz der Schauspieler als ausübende Künstler beim Film zum Gegenstand.<sup>239</sup> Art. 6 lit. ii) BTAP sieht hinsichtlich körperlicher Verwertungshandlungen bei nicht festgelegten Darbietungen ein ausschließliches Recht der Festlegung einer nicht festgelegten Darbietung vor. Bezüglich festgelegter Darbietungen steht dem ausübenden Künstler das ausschließliche Vervielfältigungs- (Art. 7), Verbreitungs- (Art. 8) und Vermietrecht (Art. 9) zu. Allerdings haben bislang weder die Bundesrepublik Deutschland noch die Europäische Union dieses Abkommen ratifiziert<sup>240</sup>, sodass es (noch) nicht zur Auslegung der nationalen und europäischen Normen herangezogen werden kann.

§ 77 UrhG enthält dagegen lediglich das Aufnahme- (1.), Vervielfältigungs- (2.) und Verbreitungsrecht (3.) des ausübenden Künstlers. Alle drei Rechte sollen im Folgenden auf ihre Betroffenheit bei im Rahmen neuer Geschäftsmodelle erfolgenden digitalen Nutzungen untersucht werden.

## **1. Aufnahmerecht (§ 77 Abs. 1 UrhG)**

Im Unterschied zum Urheberrecht – wo das Aufnahmerecht Teil des Vervielfältigungsrechts ist – bildet das Aufnahmerecht der ausübenden Künstler ein eigenständiges Verwertungsrecht.<sup>241</sup> Diese Differenzierung im Recht der ausübenden Künstler zwischen Aufnahme- und Vervielfältigungsrecht, die dogmatisch nicht zwingend ist, aber der Umsetzung von Art. 7 Vermiet- und Verleih-RL und Art. 2 lit. b) InfoSoc-RL als zwingenden unionsrechtlichen Vorgaben dient und Art. 7 Abs. 1 lit. b) und c) Rom-Abkommen, Art. 14 Abs. 1 TRIPS und Art. 6 lit. ii) bzw. Art. 7 WPPT folgt<sup>242</sup>, wird teilweise stark kritisiert<sup>243</sup>, etwa mit dem folgenden Argument:

---

<sup>239</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 77 Rn. 24; Schricker/Loewenheim/Katzenberger/N. Reber, § 92 Rn. 19.

<sup>240</sup> Siehe hierzu die Auflistung der Vertragsstaaten des BTAP, abrufbar unter [https://wipolex.wipo.int/en/treaties/ShowResults?start\\_year=ANY&end\\_year=ANY&search\\_what=C&code=ALL&treaty\\_id=841](https://wipolex.wipo.int/en/treaties/ShowResults?start_year=ANY&end_year=ANY&search_what=C&code=ALL&treaty_id=841) (zuletzt abgerufen am 15.1.2021).

<sup>241</sup> Vgl. Dünnwald/Gerlach, Vor § 77 Rn. 2, § 77 Rn. 4; Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 77 Rn. 25, 31.

<sup>242</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 77 Rn. 25.

<sup>243</sup> So Dünnwald, ZUM 2004, 161, 164 f.; sich dem anschließend auch Wandtke, ZUM 2004, 505, 508 (Fn. 38).

„Es gibt keinen sachlichen Grund, die Struktur und die Systematik der Vorschriften über das Urheberrecht im Abschnitt über den künstlerischen Leistungsschutz dort zu ändern, wo eindeutig keine sachlichen Unterschiede bestehen.“<sup>244</sup>

Diese unterschiedliche Behandlung ist jedoch der Besonderheit der Vergänglichkeit der Darbietung ohne körperliche Festlegung („Kunst des Augenblicks“) geschuldet.<sup>245</sup> Das Aufnahmerecht ist ein dem Interpreten als Reaktion „auf die von der Technik bewirkte Umweltveränderung und den davon ausgelösten Verlust der vertraglichen Zugangskontrolle“ zugewiesenes *property right*, „um die positiven Externalitäten der festgelegten Darbietung in seiner Person zu konzentrieren und alle anderen davon auszuschließen.“<sup>246</sup> Das Aufnahmerecht ist vollständig harmonisiert.<sup>247</sup> Mangels unionsrechtlich einheitlicher Definition muss jedoch auf das Rom-Abkommen, TRIPS und WPPT zurückgegriffen werden.<sup>248</sup> Im Folgenden sollen der Tatbestand (a)) sowie seine Anwendbarkeit im Online-Bereich (b)) skizziert werden.

#### **a) Tatbestand**

Nach § 77 Abs. 1 UrhG hat der ausübende Künstler das ausschließliche Recht, seine Darbietung auf Bild- oder Tonträger aufzunehmen. Aufnahme ist dabei jede erstmalige Festlegung auf einen Bild- oder Tonträger, also jede Verkörperung von Bildern und/oder Tönen oder von Darstellungen von Bildern und/oder Tönen auf Bild- und Tonträgern in einer Weise, dass diese Verkörperung oder Darstellung mittels einer Vorrichtung wahrgenommen, vervielfältigt oder wiedergegeben werden kann, worunter jeder technische Vorgang fällt, der die Darbietung wiederholbar macht, unabhängig davon, welche technischen Mittel und Verfahren eingesetzt werden.<sup>249</sup> Bild- oder Tonträger sind in § 16 Abs. 2 UrhG legaldefiniert als Vorrichtungen zur wiederholbaren Wiedergabe von Bild- oder Tonfolgen.

---

<sup>244</sup> Dünwald, ZUM 2004, 161, 165.

<sup>245</sup> BGHZ 33, 20 = GRUR 1960, 614, 616 – Figaros Hochzeit; Grünberger, Rn. 1109; Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 77 Rn. 26; Kohler, GRUR 1909, 230, 231; Wild, S. 140.

<sup>246</sup> Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 77 Rn. 26.

<sup>247</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, Vor §§ 73 ff. Rn. 34, § 77 Rn. 8.

<sup>248</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 77 Rn. 9.

<sup>249</sup> Vgl. Wandtke/Bullinger/Büscher, § 77 Rn. 3; Dreier/Schulze § 77 Rn. 4; Dünwald/Gerlach, § 77 Rn. 4; Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 77 Rn. 28; Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, § 77 Rn. 2; Büscher/Dittmer/Schiwy/Pielsticker, Teil 1 Kap. 10 § 77 Rn. 4; Möhring/Nicolini/Stang, § 77 Rn. 4.

Diese im Urheberrechtsteil des UrhG befindliche Definition findet auch auf die Leistungsschutzrechte Anwendung.<sup>250</sup> Das ist jedoch nicht zweifelsfrei, vielmehr kann dies nur gelten, wenn § 16 Abs. 2 UrhG richtlinienkonform dahingehend ausgelegt wird, dass auch ein einzelner wiederholbarer Ton oder ein einzelnes Bild ausreicht.<sup>251</sup> Eine Definition der Festlegung findet sich in Art. 2 lit. c) WPPT. Danach bedeutet Festlegung die Verkörperung von Tönen oder von Darstellungen von Tönen in einer Weise, dass sie mittels einer Vorrichtung wahrgenommen, vervielfältigt oder wiedergegeben werden können. Der Begriff der „Verkörperung“ ist dabei weit auszulegen.<sup>252</sup>

## **b) Bedeutung im Online-Bereich**

Bei den digitalen Nutzungsarten spielt das Aufnahmerecht keine große Rolle. Dies ergibt sich bereits aus dem Tatbestand selbst, der eine körperliche Festlegung erfordert. Mangels einer solchen Fixierung ist beim Live-Streaming, etwa auf der Website eines Theaters oder Orchesters, nur das Senderecht (hierzu später unter II. 2. b) (1)), aber nicht das Aufnahmerecht betroffen.<sup>253</sup> Fraglich ist zwar, ob hier nicht auch eine – wenigstens vorübergehende – Vervielfältigung gegeben und von daher auch das Aufnahmerecht betroffen ist. Wenn man im Livestreaming eine solche Vervielfältigung sehen möchte, ist diese aber jedenfalls nach § 44a UrhG zulässig, was dann gleichermaßen für die Betroffenheit des Aufnahmerechts zu gelten hätte. Anders ist dies jedoch beim On-Demand-Streaming. Hier ist zwar in erster Linie das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung einschlägig (hierzu später unter II. 1. c) (2)). Allerdings setzt die eine On-Demand-Nutzung kennzeichnende technische Wiederholbarkeit der grundsätzlich vergänglichen Darbietung zu einem beliebigen Zeitpunkt eine entsprechende Fixierung voraus, weshalb zugleich ein Fall der Aufnahme gegeben ist.<sup>254</sup>

---

<sup>250</sup> BGHZ 161, 161 = ZUM 2005, 389 – Götterdämmerung; *Apel*, S. 265; *Dünnwald/Gerlach*, § 77 Rn. 4; *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 77 Rn. 29; *Dreier/Schulze*, § 16 Rn. 17.

<sup>251</sup> Vgl. *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 77 Rn. 29.

<sup>252</sup> Vgl. *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 77 Rn. 21.

<sup>253</sup> Vgl. nur *Büscher/Müller*, GRUR 2009, 558, 560.

<sup>254</sup> Vgl. *Büscher/Müller*, GRUR 2009, 558, 560.



## 2. Vervielfältigungsrecht (§ 77 Abs. 2 S. 1 Var. 1 UrhG)

Ähnlich und insoweit übereinstimmend mit dem Urheberrecht verhält es sich beim Vervielfältigungsrecht. Zwar handelt es sich auch hier um eine körperliche Verwertungsart. Dennoch kommt diesem Recht auch im Rahmen der digitalen Nutzung unter Umständen eine nicht unerhebliche Bedeutung zu. Auch das Vervielfältigungsrecht ist vollständig harmonisiert.<sup>255</sup> Es schützt den ausübenden Künstler insbesondere in seinem wirtschaftlichen Interesse an der Kontrolle und Steuerung der Verwertung seiner festgelegten Darbietung.<sup>256</sup> Auch der Tatbestand der Vervielfältigung ist kurz zu untersuchen (a)), bevor eine Subsumtion der wichtigsten Online-Nutzungsarten Streaming und Download hierunter erfolgen soll (b)).

### a) Tatbestand

Nach § 77 Abs. 2 S. 1 Var. 1 UrhG hat der ausübende Künstler das ausschließliche Recht, den Bild- oder Tonträger, auf den seine Darbietung aufgenommen worden ist, zu vervielfältigen. Irrelevant ist dabei, ob die erste Festlegung mit Zustimmung des Interpreten erfolgt ist.<sup>257</sup> Der Begriff der „Vervielfältigung“ entspricht demjenigen in § 16 Abs. 2 2. Alt. UrhG.<sup>258</sup> Erforderlich ist jedoch eine richtlinienkonforme Auslegung dahingehend, dass ein Bild- oder Tonträger bereits dann vorliegt, wenn es zu wiederholbaren Wiedergaben eines Einzeltons oder eines einzelnen Bildes kommt (siehe oben unter 1. a)).<sup>259</sup> Erfasst ist danach jede Übertragung von einem Bild- oder Tonträger auf einen anderen Bild- oder Tonträger.<sup>260</sup> Dies umfasst neben der unmittelbaren Festlegung (z. B. Brennen von CDs) auch die mittelbare Aufzeichnung in Form des sogenannten „*off the air copying*“.<sup>261</sup> Auch die erstmalige Festlegung eines noch nicht körperlich festgelegten Werkes, etwa das

---

<sup>255</sup> Vgl. nur Schricker/Loewenheim/Grünberger, Vor §§ 73 ff. Rn. 34, § 77 Rn. 8.

<sup>256</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 77 Rn. 32.

<sup>257</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 77 Rn. 33.

<sup>258</sup> Vgl. Dünnwald/Gerlach, § 77 Rn. 6; Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, § 77 Rn. 3.

<sup>259</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 77 Rn. 33.

<sup>260</sup> Vgl. Wandtke/Bullinger/Büscher, § 77 Rn. 5; Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, § 77 Rn. 3.

<sup>261</sup> BT-Drs. 13/115, 14 f.; Wandtke/Bullinger/Büscher, § 77 Rn. 5; Dreier/Schulze, § 77 Rn. 5;

Dünnwald/Gerlach, § 77 Rn. 6; Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 77 Rn. 34;

Büscher/Dittmer/Schiwy/Pielsticker, Teil 1 Kap. 10 § 77 Rn. 6; Loewenheim/Vogel, § 38 Rn. 63.

Mitschneiden einer Konzertaufführung<sup>262</sup> oder einer Oper<sup>263</sup> und die Aufnahme von Musik auf Tonträger (Schallplatte, CD) ist umfasst.

## **b) Einordnung von Streaming und Download**

Bei den neuen Erscheinungsformen der Online-Nutzung stellt sich jeweils die Frage, ob neben anderen Rechten (wie etwa dem Recht der öffentlichen Zugänglichmachung oder der Sendung) auch das Vervielfältigungsrecht betroffen ist. Dies ist der Fall, wenn es sich nicht um eine nach § 44a UrhG bzw. § 53 UrhG privilegierte lediglich vorübergehende oder private Vervielfältigung handelt.

On-Demand-Streaming und -Download sind jeweils eigenständige technische Vorgänge, erfassen aber sowohl das Vervielfältigungsrecht als auch das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung.<sup>264</sup> Folglich ist bei allen On-Demand-Nutzungen, sei es auf (kostenfreien) Plattformen wie etwa „YouTube“ oder auf der eigenen Website eines Theaters oder Orchesters, aber auch auf anderen möglicherweise kostenpflichtigen Plattformen wie der „Digital Concert Hall“, auch das Vervielfältigungsrecht betroffen. Fraglich ist jedoch, ob dies bei der Einräumung der Rechte und insbesondere entsprechend bei der angemessenen Vergütung zu berücksichtigen ist, oder ob die Vervielfältigung als zwingende Begleiterscheinung der On-Demand-Nutzung, beim Download wie beim Streaming, von dem Recht der öffentlichen Zugänglichmachung gleichsam konsumiert wird. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass in der Praxis einheitliche Nutzungshandlungen lizenziert werden, sodass von einer solchen Konsumtion ausgegangen werden kann. Dagegen ist eine beim Live-Streaming erfolgende Vervielfältigung jedenfalls lediglich vorübergehender Natur (siehe oben unter 1. b)). Bei dieser Nutzungsart ist daher vielmehr das Senderecht einschlägig (siehe hierzu später unter II. 2. b) (1) sowie im Kapitel 4 unter V. 1.).

---

<sup>262</sup> BGH ZUM 1986, 202, 203 – Bob Dylan.

<sup>263</sup> BGHZ 33, 20 = GRUR 1990, 614, 616 – Figaros Hochzeit.

<sup>264</sup> Vgl. nur Wandtke/Bullinger/Büscher, § 77 Rn. 5; Büscher/Müller, GRUR 2009, 558, 559; nach a. A. nur beim Download, i.Ü. Privilegierung durch § 44a UrhG mangels eigenständiger wirtschaftlicher Bedeutung der vorübergehenden Vervielfältigung bei der flüchtigen Speicherung im Arbeitsspeicher des Nutzers, die als Vorbereitungshandlung für den Upload notwendiger Bestandteil des Rechts aus § 19a UrhG sei, vgl. etwa Kähler, ZUM 2016, 417, 419.

Auch die Übernahme kleinster Teile wie etwa beim Sampling ist eine Vervielfältigung. Der BGH hat dies bezogen auf das Tonträgerherstellerrecht nach § 85 UrhG<sup>265</sup> sowie das Filmherstellerrecht nach § 94 UrhG bzw. den Laufbildschutz nach § 95 UrhG<sup>266</sup> bereits in der Vergangenheit klargestellt. Im Hinblick auf das Recht der Tonträgerhersteller ist dies nach zwischenzeitlicher Klärung durch den EuGH<sup>267</sup> mittlerweile bestätigt worden.<sup>268</sup> Aufgrund der unterschiedlichen Schutzgegenstände ist dies jedoch nicht automatisch auf die Interpretenrechte zu übertragen.<sup>269</sup> Diese sind vielmehr in richtlinienkonformer Auslegung an den Anforderungen des Teileschutzes bei den Urheberrechten zu messen, es muss also in dem vervielfältigten Darbietungsteil die geschützte Darbietung vorhanden sein.<sup>270</sup>

### **3. Verbreitungsrecht (§ 77 Abs. 2 S. 1 Var. 2 UrhG)**

Auch das Verbreitungsrecht einschließlich der Erschöpfung (Art. 9 Abs. 2 Vermiet- und Verleih-RL) ist vollständig harmonisiert, wodurch seine Verkehrsfähigkeit gesichert ist, auch wenn offen bleibt, ob es übertragen, abgetreten oder Gegenstand vertraglicher Lizenzen (Art. 9 Abs. 4 Vermiet- und Verleih-RL) wird.<sup>271</sup> Mit Blick auf den Tatbestand (a)) stellt sich anschließend insbesondere die Frage, ob auch das Vermiet- (b)) und das Verleihrecht (c)) hiervon umfasst sind. Fraglich ist zudem, ob dieses Verwertungsrecht auch bei der digitalen Verbreitung von Werkstücken inklusive seiner Erschöpfungswirkung einschlägig ist (d)).

#### **a) Tatbestand**

Nach § 77 Abs. 2 S. 1 Var. 2 UrhG hat der ausübende Künstler das ausschließliche Recht, den Bild- oder Tonträger, auf den seine Darbietung aufgenommen worden ist, zu verbreiten. Die Verbreitung ist definiert wie in § 17 UrhG, weshalb auch der Erschöpfungsgrundsatz auf das Verbreitungsrecht des

---

<sup>265</sup> BGH ZUM 2009, 219 – Metall auf Metall; ZUM 2013, 484 – Metall auf Metall II.

<sup>266</sup> BGHZ 175, 135 = GRUR 2008, 693, 694 – TV Total.

<sup>267</sup> EuGH ZUM 2019, 738.

<sup>268</sup> BGH ZUM 2020, 617 – Metall auf Metall IV.

<sup>269</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 77 Rn. 38.

<sup>270</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 77 Rn. 40 m. w. N.

<sup>271</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, Vor §§ 73 ff. Rn. 34, § 77 Rn. 8.

ausübenden Künstlers grundsätzlich anwendbar ist.<sup>272</sup> Danach wird dem ausübenden Künstler entsprechend das Recht gewährt, das Original oder Vervielfältigungsstücke des Werkes, also den Bild- oder Tonträger, der Öffentlichkeit anzubieten oder in Verkehr zu bringen. Die Art des Speichermediums ist unerheblich, so werden analoge Speichermedien wie Schallplatten, Tonbänder, Filmrollen ebenso wie digitale Speichermedien, sogenannte Offline-Datenträger wie CD, CD-ROM, DVD, USB-Stick oder Speicher von MP3-Playern erfasst.<sup>273</sup> Damit kann der ausübende Künstler die Verbreitung unbefugter Konzertmitschnitte, sogenannter „bootlegs“, verhindern.<sup>274</sup> Entscheidend ist jedoch, dass auch das Vervielfältigungsstück als Sache im Sinne des § 90 BGB verbreitet wird, woran es bei der Online-Übertragung, bei der das Vervielfältigungsstück selbst erst durch Speicherung beim Empfänger entsteht, fehlt.<sup>275</sup> Erfolgt der Abruf durch den Endnutzer, greift daher § 78 Abs. 1 Nr. 1 UrhG (siehe hierzu später unter II. 1.).

## **b) Vermietrecht**

Umstritten ist, ob das Verbreitungsrecht auch das – ebenfalls vollständig harmonisierte<sup>276</sup>, jedoch nach § 17 Abs. 2 UrhG nicht der Erschöpfung unterliegende<sup>277</sup> – Vermietrecht umfasst. Eine Ansicht bejaht dies.<sup>278</sup> Sie kann sich hierbei auf die bisherige Konzeption des deutschen Rechts berufen.<sup>279</sup> Allerdings ist das Vermietrecht wegen des Gebots der richtlinienkonformen Auslegung nicht als vom Verbreitungsrecht umfasst anzusehen, da die Definition der zeitlich begrenzten, unmittelbar oder mittelbar Erwerbszwecken dienenden Gebrauchsüberlassung in § 17 Abs. 3 S. 1 UrhG nicht den unionsrechtlichen Verbreitungsbegriff erfüllt, welcher sich wiederum auf dauerhaft angelegte Nutzungshandlungen beschränkt.<sup>280</sup> Es handelt sich daher vielmehr um ein

---

<sup>272</sup> Vgl. *Apel*, S. 278; *Wandtke/Bullinger/Büscher*, § 77 Rn. 7; *Dreier/Schulze*, § 77 Rn. 7; *Dünnwald/Gerlach*, § 77 Rn. 8; *Möhring/Nicolini/Stang*, § 77 Rn. 10.

<sup>273</sup> Vgl. nur *Dünnwald/Gerlach*, § 77 Rn. 9; *Dreier/Schulze*, § 17 Rn. 6.

<sup>274</sup> Vgl. *Büscher/Dittmer/Schiwy/Pielsticker*, Teil 1 Kap. 10 § 77 Rn. 8.

<sup>275</sup> Vgl. *Dünnwald/Gerlach*, § 77 Rn. 9.

<sup>276</sup> Vgl. *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, Vor §§ 73 ff. Rn. 34, § 77 Rn. 8.

<sup>277</sup> Vgl. auch *Dünnwald/Gerlach*, § 77 Rn. 1; *Schricker/Loewenheim*, § 17 Rn. 55.

<sup>278</sup> Vgl. *Wandtke/Bullinger/Büscher*, § 77 Rn. 7; *Dreier/Schulze*, § 17 Rn. 16, § 77 Rn. 7; *Dünnwald/Gerlach*, § 77 Rn. 1; v. *Lewinski*, ZUM 1995, 442 ff.; *Rohweder*, UFITA 2015/III, 401, 409; *Möhring/Nicolini/Stang*, § 77 Rn. 10.

<sup>279</sup> Vgl. BT-Drs. 13/115, S. 7.

<sup>280</sup> Vgl. *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 77 Rn. 45, 48; *ders.*, in: FS Schulze, S. 67, 70 f.

eigenständiges Recht.<sup>281</sup> Die im Urheberrecht mögliche Lösung über einen unbenannten Fall der körperlichen Verwertung scheidet dabei im Interpretenrecht allerdings aus, weshalb das Vermietrecht (wie auch das Verleihrecht) als drittes, in § 77 Abs. 2 S. 1 UrhG nicht ausschließlich genanntes Ausschließlichkeitsrecht aufzufassen ist.<sup>282</sup>

Eine entsprechende Definition der Vermietung findet sich in Art. 2 Abs. 1 lit. a) Vermiet- und Verleih-RL. Danach ist dies die zeitlich begrenzte Gebrauchsüberlassung zu unmittelbarem oder mittelbarem wirtschaftlichen oder kommerziellen Nutzen. Der deutsche Gesetzgeber hat eine entsprechende Definition in § 17 Abs. 3 Satz 1 UrhG aufgenommen.

Nach Art. 14 Abs. 4 S. 2 TRIPS kann ein Mitglied, bei dem am 15. April 1994 ein System der angemessenen Vergütung für die Inhaber von Rechten in Bezug auf die Vermietung von Tonträgern in Kraft ist, dieses System beibehalten, sofern die gewerbliche Vermietung von Tonträgern die ausschließlichen Vervielfältigungsrechte der Rechtsinhaber nicht erheblich beeinträchtigt. In der Praxis haben Tonträgerhersteller, denen dieses Recht übertragen wurde, das Ausschließlichkeitsrecht – ohne Verstoß gegen Unionsrecht – dazu genutzt, den Tonträgerverleih als Geschäftsmodell zu unterbinden, während die Filmhersteller das Vermietgeschäft in ihre Wertschöpfungskette einbauen konnten.<sup>283</sup> Mittlerweile hat dieses Geschäftsmodell jedoch keine große Bedeutung mehr, da es zunehmend durch On-Demand-Streamingdienste abgelöst wird.<sup>284</sup> Diese werden von § 78 Abs. 1 Nr. 1 erfasst (siehe hierzu später unter II. 1. c) (2)).

### **c) Verleihrecht**

Das ausschließliche Verleihrecht (Art. 3 Abs. 1 lit. b) Vermiet- und Verleih-RL) ist wegen Art. 6 Abs. 1 und 2 Vermiet- und Verleih-RL lediglich mindestharmonisiert.<sup>285</sup> Auch beim Verleihrecht stellt sich die Frage, ob es Teil des Verbreitungsrechts ist. Eine Ansicht bejaht dies, sodass es als ausschließliches

---

<sup>281</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim, § 17 Rn. 32.

<sup>282</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 77 Rn. 48.

<sup>283</sup> Vgl. Dünnwald/Gerlach, § 77 Rn. 12; Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 77 Rn. 48a.

<sup>284</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 77 Rn. 48a.

<sup>285</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, Vor §§ 73 ff. Rn. 35, § 77 Rn. 8.

Recht nur beim erstmaligen Inverkehrbringen besteht.<sup>286</sup> Das kann jedoch mit Blick auf die unionsrechtlichen Vorgaben, insbesondere die richtlinienkonforme Auslegung des Verbreitungsbegriffs, mit guten Gründen abgelehnt werden (siehe hierzu bereits bezüglich des Vermietrechts oben unter b)).<sup>287</sup> Wie das Vermietrecht ist also auch das Verleihrecht nicht Teil des Verbreitungsrechts, sondern ein eigenständiges Verwertungsrecht. Verleihen ist gemäß Art. 2 Abs. 1 lit. b) Vermiet- und Verleih-RL die zeitlich begrenzte Gebrauchsüberlassung, die nicht einem unmittelbaren oder mittelbaren wirtschaftlichen oder kommerziellen Nutzen dient und durch der Öffentlichkeit zugängliche Einrichtungen vorgenommen wird. Im deutschen Recht wurde, was Art. 6 Abs. 1 Vermiet- und Verleih-RL erlaubt, auf die Einräumung eines Ausschließlichkeitsrechts für das Verleihen verzichtet und der dann jedenfalls für die Urheber zwingend erforderliche Vergütungsanspruch mit § 27 Abs. 2 UrhG eingeführt (siehe hierzu später im Kapitel 4 unter IV.).

#### **d) Keine Anwendbarkeit im Online-Bereich**

Bei einigen Online-Nutzungen stellt sich die Frage, ob diese ebenfalls unter das Verbreitungsrecht gefasst werden können.<sup>288</sup> Dies hätte insbesondere eine parallele Geltung des Prinzips der Erschöpfung und damit eine weitgehende Verfügbarkeit solcher Art zugänglich gemachter Darbietungen ohne einen korrespondierenden Vergütungsanspruch zur Folge. Der EuGH hat jüngst zum E-Book-Verleih entschieden, dass dieser nicht dem Verbreitungsrecht und damit auch nicht der Erschöpfung unterliegt, sondern in solchen Fällen vielmehr das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung einschlägig ist.<sup>289</sup> Dies ist auch interessengerecht, da anders als bei der körperlichen Verbreitung im Online-Bereich ein ungleich höherer Verbreitungsgrad erreicht wird, ohne dass dabei ein Wertverlust durch das erstmalige Inverkehrbringen auftritt (siehe hierzu später im Kapitel 4 unter IV. 2.).

---

<sup>286</sup> Vgl. *Dünnwald/Gerlach*, § 77 Rn. 1; *Rohweder*, UFITA 2015/III, 401, 409; *Dreier/Schulze* § 27 Rn. 15; *Specht*, in: FS Schulze, S. 416.

<sup>287</sup> Vgl. *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 77 Rn. 49; *ders.*, in: FS Schulze, S. 67, 71.

<sup>288</sup> Dagegen v. *Lewinski*, in: FS Walter, S. 64, 73 f.; *Spindler/Schuster/Wiebe*, § 17 UrhG Rn. 8 ff.; § 19a UrhG Rn. 1.

<sup>289</sup> EuGH ZUM 2020, 129 – Tom Kabinet.

#### 4. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die körperliche Verwertung der Rechte ausübender Künstler ganz überwiegend parallel läuft mit der Verwertung der Urheberrechte und von daher keine besonderen Schwierigkeiten aufwirft. Lediglich das Aufnahmerecht bildet hier ein eigenständiges Verwertungsrecht, dem unter Umständen, namentlich beim On-Demand-Streaming, auch im Digitalzeitalter noch Bedeutung zukommt. Daneben ist bei der Online-Nutzung auch immer das Vervielfältigungsrecht von Relevanz, da die meisten Online-Nutzungsformen jedenfalls als Nebenprodukt eine Vervielfältigung beinhalten. Vermiet- und Verleihrecht sind in richtlinienkonformer Auslegung jeweils eigenständige Rechte. Das Verbreitungsrecht mit seiner Erschöpfungswirkung ist im digitalen Bereich nicht anwendbar.

Für die angemessene Vergütung der Interpreten bei Online-Nutzungshandlungen ist relevant, welche Ausschließlichkeitsrechte jeweils betroffen sind und damit zum Gegenstand der vertraglichen Vergütungsabreden gemacht werden können. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass im Interpretenrecht bei Betroffenheit des Vervielfältigungsrechts immer auch das Aufnahmerecht einschlägig ist, da jede Vervielfältigung einer Darbietung dessen Aufnahme voraussetzt. Beim Livestreaming ist dies jedoch nicht der Fall, da es sich nur um privilegierte vorübergehende Vervielfältigungen handelt. Beim On-Demand-Streaming dagegen erfolgen jeweils auch Aufnahme und Vervielfältigung. Diese werden jedoch von der öffentlichen Zugänglichmachung konsumiert.

#### II. Die unkörperliche Verwertung (§ 78 UrhG)

Die weitaus größere Relevanz kommt im Digitalzeitalter der unkörperlichen Verwertung zu, welche für Darbietungen ausübender Künstler in § 78 UrhG geregelt ist.<sup>290</sup> Teilweise gibt es auch hier Abweichungen im Vergleich zum Urheberrecht.<sup>291</sup> So ist – wie § 77 UrhG (siehe hierzu bereits oben unter I.) – auch

---

<sup>290</sup> Vgl. nur *Dünnwald/Gerlach*, Vor § 77 Rn. 1, 3, § 78 Rn. 1; *Büscher/Dittmer/Schiwy/Pielsticker*, Teil 1 Kap. 10 § 77 Rn. 1; *Möhring/Nicolini/Stang*, § 78 Rn. 1.

<sup>291</sup> Für Details hierzu siehe *Dünnwald/Gerlach*, Vor § 77 Rn. 3.

§ 78 UrhG nach der gesetzlichen Formulierung abschließend.<sup>292</sup> Dieser wichtige Unterschied zu dem für die Urheber geltenden § 15 UrhG ist einer Ansicht nach nicht vollständig gerechtfertigt.<sup>293</sup> Das in § 78 UrhG kodifizierte Recht der öffentlichen Wiedergabe ist nur mindestharmonisiert (siehe Erwägungsgrund 16 der Vermiet- und Verleih-RL).<sup>294</sup> Erfasst werden nur Fälle der unmittelbaren Verwertung (Erstverwertung) der Live-Darbietung.<sup>295</sup> Für die mittelbare Verwertung (Zweitverwertung) einer festgelegten Darbietung (eines erlaubterweise hergestellten Bild- oder Tonträgers oder einer gesendeten oder öffentlich zugänglich gemachten Darbietung) stehen dem ausübenden Künstler dagegen lediglich Vergütungsansprüche zu (siehe hierzu später im Kapitel 4 unter V.).<sup>296</sup> § 78 UrhG sieht also entsprechend Art. 3 Abs. 2 Info-Soc-RL kein umfassendes Recht der öffentlichen Wiedergabe für ausübende Künstler vor. Dies begegnet aber keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, da dem Interpreten auch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht jede denkbare Verwertungsmöglichkeit vorbehalten bleiben muss.<sup>297</sup>

Der Begriff der „öffentlichen Wiedergabe“ wird (nach vorangegangenen Unklarheiten) nunmehr im Bereich der Ausschließlichkeitsrechte und der Vergütungsansprüche einheitlich verwendet.<sup>298</sup> Der Begriff hat zwei kumulative Tatbestandsmerkmale, eine Wiedergabehandlung und einen Öffentlichkeitsbezug, wobei letzterer eine unbestimmte Zahl potenzieller Adressaten voraussetzt, die zudem recht viele Personen sein müssen.<sup>299</sup> Darüber hinaus muss die Wiedergabe im Rahmen eines anderen spezifischen technischen Verfahrens erfolgen oder für ein neues Publikum bestimmt sein.<sup>300</sup> Das Recht der öffentlichen Wiedergabe beruht auf mehreren Richtlinien mit jeweils unterschiedlichem

<sup>292</sup> So auch *Dünnwald/Gerlach*, § 78 Rn. 1; *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 78 Rn. 1; *Fromm/Nordemann/Schaefer*, § 78 Rn. 1; *Möhring/Nicolini/Stang*, § 78 Rn. 1.

<sup>293</sup> So etwa *Apel*, S. 265, 400 ff.

<sup>294</sup> Vgl. *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, Vor §§ 73 ff. Rn. 35, § 78 Rn. 12; *ders.*, ZUM 2016, 905, 919.

<sup>295</sup> Vgl. *Wandtke/Bullinger/Büscher*, § 78 Rn. 2; *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 78 Rn. 1.

<sup>296</sup> Vgl. nur *Dünnwald/Gerlach*, § 78 Rn. 1; *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 78 Rn. 1.

<sup>297</sup> BVerfGE 81, 208 = GRUR 1990, 438, 441 – Bob Dylan; BVerfGE 31, 275 = GRUR 1972, 491, 494 – Schallplatten; *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, Vor §§ 73 ff. Rn. 43, § 78 Rn. 1; betreffend die Urheber bereits BVerfGE 31, 229 = GRUR 1972, 481, 483 – Kirchen- und Schulgebrauch; BVerfGE 49, 382 = GRUR 1980, 44, 46 – Kirchenmusik.

<sup>298</sup> EuGH ZUM 2016, 744, 746 f. – Reha Training; vgl. auch *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 78 Rn. 15.

<sup>299</sup> Siehe bereits EuGH ZUM 2013, 390, 392 – ITV Broadcasting; EuGH ZUM 2014, 289 – Svensson; EuGH ZUM 2015, 141 – Best Water International; *Grünberger*, ZUM 2015, 273, 276.

<sup>300</sup> Zum letztgenannten Tatbestandsmerkmal vgl. nur *Leistner*, GRUR 2014, 1145, 1151 f.; *Steinbeck*, EuZW 2014, 329, 332.



Harmonisierungsgrad, wobei auch das Unionsrecht kein umfassendes Recht der öffentlichen Wiedergabe für Interpreten vorsieht.<sup>301</sup> Art. 3 Abs. 2 InfoSoc-RL gewährt ihnen lediglich das technologieneutral ausgestaltete Ausschließlichkeitsrecht der öffentlichen Zugänglichmachung, welches sich nur auf solche Handlungen der Zugänglichmachung bezieht, bei denen „Mitglieder der Öffentlichkeit Zugang zu den Schutzgegenständen von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl“<sup>302</sup> haben.

Früher hat der EuGH dagegen noch den Unterschied zwischen dem Ausschließlichkeitsrecht der Urheber in Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL und lediglich einem Vergütungsanspruch der Leistungsschutzberechtigten in Art. 3 Abs. 2 InfoSoc-RL betont.<sup>303</sup> Zum Teil wurde diese unterschiedliche Behandlung des Rechts der öffentlichen Wiedergabe bei Urhebern einerseits und ausübenden Künstlern andererseits begrüßt, da es bei allen gerechtfertigten Anpassungsbemühungen zwischen Urhebern und ausübenden Künstlern immer noch Unterschiede gebe.<sup>304</sup> Dagegen rechtfertigte die unterschiedliche Ausgestaltung nach anderer Ansicht keine Differenzierung bei der Definition des Anwendungsbereichs.<sup>305</sup> Dies überzeugt, da die Tatsache, dass ausübende Künstler nicht über ein Ausschließlichkeitsrecht bezüglich der öffentlichen Wiedergabe ihrer Darbietungen verfügen, auch nach den Erwägungsgründen der InfoSoc-RL nicht bedeutet, dass eine solche Nutzung vergütungsfrei ist.<sup>306</sup> Dafür spricht auch, dass nach der bisherigen Rechtsprechung des EuGH und diesem folgend auch des BGH die in den Richtlinien verwendeten Begriffe mangels Verweises auf das Recht der Mitgliedstaaten grundsätzlich autonom und damit einheitlich auszulegen sind (Erfordernis der Einheit und Kohärenz der Unionsrechtsordnung).<sup>307</sup>

---

<sup>301</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 78 Rn. 10; *ders.*, ZUM 2015, 273, 282 f.; *Leistner*, GRUR 2014, 1145, 1149 ff.; *Lucas-Schloetter*, ZGE/IPJ 2013, 84, 86.

<sup>302</sup> Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 78 Rn. 11.

<sup>303</sup> EuGH ZUM-RD 2012, 241, 248 – SCF/Marco del Corso; siehe hierzu auch *Gerlach*, in: FS Wandtke, S. 233, 235; *Lucas-Schloetter*, ZGE/IPJ 2013, 84, 94 f.

<sup>304</sup> *Brunner*, S. 142.

<sup>305</sup> *Gerlach*, in: FS Wandtke, S. 233, 235 f.; *Lucas-Schloetter*, ZGE/IPJ 2013, 84, 95, 102.

<sup>306</sup> Vgl. auch *Lucas-Schloetter*, ZGE/IPJ 2013, 84, 95.

<sup>307</sup> EuGH ZUM 2007, 132, 134 – SGAE; EuGH ZUM 2011, 803, 819 – Football Association Premier League u. *Murphy*; BGH ZUM 2013, 662 – Die Realität I; vgl. auch *Lucas-Schloetter*, ZGE/IPJ 2013, 84, 96; v. *Ungern-Sternberg*, GRUR 2014, 209, 211.

Das Rom-Abkommen und der TRIPS enthalten – wie bereits erörtert (siehe oben unter I.) – keine Ausschließlichkeitsrechte, sondern lediglich Verhinderungsrechte (Art. 7 Rom-Abkommen, Art. 14 Abs. 1 TRIPS). Der Schutz vor unkörperlicher Verwertung beschränkt sich danach auf die Live-Darbietung, für Zweitverwertungen ist lediglich ein Vergütungsanspruch vorgesehen, der jedoch wiederum nicht die Drittverwertung umfasst.<sup>308</sup> § 78 UrhG geht dabei, indem er alle erschienenen und nicht nur zu Handelszwecken veröffentlichte Tonträger sowie erschienene Bildträger und neben der drahtlosen Ausstrahlung auch die Kabel- und Kabelweitersendung erfasst, also deutlich über den Mindestschutz des Rom-Abkommens und des TRIPS hinaus.<sup>309</sup>

Der WPPT enthält wie erwähnt Ausschließlichkeitsrechte, aber ohne unmittelbare Wirkung.<sup>310</sup> Der Vergütungsanspruch gilt anders als nach Art. 12 Rom-Abkommen auch im Falle der Drittverwertung.<sup>311</sup> Es besteht die Pflicht, § 78 UrhG völkerrechtskonform auszulegen.<sup>312</sup> Der WPPT ist auch für die Auslegung des Unionsrecht relevant, da er mit der InfoSoc-RL und der Vermiet- und Verleih-RL umgesetzt wird.<sup>313</sup> Damit ist mittelbar wegen des Gebots der richtlinienkonformen Auslegung auch der WPPT zu berücksichtigen, § 78 UrhG geht allerdings auch über den durch diesen gewährten Mindestschutz hinaus.<sup>314</sup> Der WPPT enthält vor allem im Bereich der Online-Rechte und der Umgehung von technischen Schutzvorrichtungen Ergänzungen und Klarstellungen gegenüber der RBÜ.<sup>315</sup>

Das Recht der öffentlichen Wiedergabe aus § 78 Abs. 1 UrhG umfasst das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung (1.), das (eingeschränkte) Senderecht (2.) sowie das (ebenfalls eingeschränkte) Recht der öffentlichen Wahrnehmbarmachung (3.) des ausübenden Künstlers. Hier ist wiederum eine genaue Einordnung der digitalen Geschäftsmodelle von besonderer Bedeutung.

---

<sup>308</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 78 Rn. 22.

<sup>309</sup> Vgl. nur Dünwald/Gerlach, § 78 Rn. 5, 9; Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 78 Rn. 22, 24.

<sup>310</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 78 Rn. 25.

<sup>311</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 78 Rn. 26.

<sup>312</sup> BGHZ 141, 13 = ZUM 1999, 566 – Kopienversanddienst; Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 78 Rn. 27.

<sup>313</sup> EuGH ZUM 2008, 508 – Peek & Cloppenburg; Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 78 Rn. 27.

<sup>314</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 78 Rn. 27.

<sup>315</sup> Vgl. Kruse, S. 53; Fromm/Nordemann/Nordemann-Schiffel, Vor §§ 120 ff. Rn. 24; Schack, Rn. 1006.

## 1. Recht der öffentlichen Zugänglichmachung (§ 78 Abs. 1 Nr. 1 UrhG)

§ 78 Abs. 1 Nr. 1 UrhG sieht, wie § 19a UrhG für die Urheber, ein ausschließliches Recht der öffentlichen Zugänglichmachung für die ausübenden Künstler vor.<sup>316</sup> Die Vorschrift beruht auf Art. 3 Abs. 2 lit. a) InfoSoc-RL, in Umsetzung von Art. 10 WPPT (siehe Erwägungsgrund 15 der InfoSoc-RL), geht aber darüber hinaus, da auch Bild- und Bild-/Tonträger erfasst sind.<sup>317</sup> Der WPPT enthält Ergänzungen gegenüber dem Rom-Abkommen.<sup>318</sup> Anders als das Rom-Abkommen und der TRIPS gewährt der WPPT den ausübenden Künstlern allerdings Ausschließlichkeitsrechte.<sup>319</sup> Eine unterschiedliche Behandlung im Vergleich zu den Urhebern ist durch das fehlende übergeordnete Recht der öffentlichen Wiedergabe nicht beabsichtigt:

„Da(ss) dieses Recht für den ausübenden Künstler als spezielles Recht der Zugänglichmachung normiert ist (Art. 10 WPPT), während es für den Urheber in das übergeordnete ausschließliche Recht der öffentlichen Wiedergabe einbezogen ist (Art. 8 WCT), ändert nichts an der Tatsache, da(ss) der Rechtsschutz bei Nutzungen mittels der neuen Informations- und Kommunikationstechnik für den Urheber und den ausübenden Künstler materiell gleich ist.“<sup>320</sup>

§ 78 Abs. 1 Nr. 1 UrhG geht über Art. 6 WPPT insoweit hinaus, als das ausschließliche Übertragungsrecht dem ausübenden Künstler auch dann zusteht, wenn die Darbietung bereits durch Funk gesendet ist.<sup>321</sup> Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nach Art. 3 Abs. 2 InfoSoc-RL umfasst nach Erwägungsgrund 24 der Richtlinie alle Handlungen der Zugänglichmachung für Mitglieder der Öffentlichkeit, die an dem Ort, an dem die Zugänglichmachung ihren Ursprung nimmt, nicht anwesend sind. Die InfoSoc-RL nimmt jedoch in ihrem Art. 3 Abs. 2 nur eine Teilharmonisierung vor, was bedeutet, dass die Mitgliedstaaten bezüglich des Schutzhinhalts des Rechts der öffentlichen Wiedergabe an deren Vorgaben gebunden sind, den ausübenden Künstlern aber

---

<sup>316</sup> Vgl. auch Wandtke/Bullinger/Büscher, § 78 Rn. 3 f.; Dünwald/Gerlach, § 78 Rn. 1; Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 78 Rn. 2.

<sup>317</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 78 Rn. 11 m. w. N.

<sup>318</sup> Vgl. Kruse, S. 53; Schack, Rn. 1007.

<sup>319</sup> Vgl. nur v. Lewinski, GRUR Int. 1997, 667, 679.

<sup>320</sup> Dünwald, in: FS Rehbinders, S. 233, 241.

<sup>321</sup> Amtl. Begr. BT-Drs. 15/38, S. 24; Wandtke/Bullinger/Büscher, § 78 Rn. 5.

auch Nutzungshandlungen, die hiervon nicht erfasst werden, zur ausschließlichen Verwertung zuweisen können.<sup>322</sup> Anderes könnte sich aus dem letzten Halbsatz des genannten Erwägungsgrundes ergeben, wonach das Recht explizit für keine weiteren Handlungen gilt. Nach einer knappen Skizzierung des Tatbestands (a)) soll insbesondere eine Abgrenzung zum Senderecht (b)) mit der entsprechenden Einordnung konkreter Einzelfälle (c)) erfolgen.

#### **a) Tatbestand**

Nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 UrhG hat der ausübende Künstler das ausschließliche Recht, seine Darbietung öffentlich zugänglich zu machen. Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung entspricht gemäß dem entsprechenden Verweis der Definition in § 19a UrhG und beinhaltet damit das Recht, das Werk drahtgebunden oder drahtlos der Öffentlichkeit in einer Weise zugänglich zu machen, dass es Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist. Umfasst sind sowohl das Angebot an die Öffentlichkeit als auch der Übertragungsakt selbst.<sup>323</sup> Prägende Tatbestandsmerkmale sind also die Zugänglichkeit und die Öffentlichkeit. Mangels umfassenden Rechts der öffentlichen Wiedergabe der Leistungsschutzrechtsinhaber kommt hier der Frage der Grenzziehung zur Sendung eine besondere Relevanz zu.

#### **b) Abgrenzung zum Senderecht**

Im Interpretenrecht ist die genaue Zuordnung der verschiedenen Erscheinungsformen elektronischer und digitaler Darbietungsverwertung von großer praktischer Bedeutung. Denn liegt ein Fall des § 19a UrhG vor, hat auch der ausübende Künstler ein Ausschließlichkeitsrecht daran (§ 78 Abs. 1 Nr. 1 UrhG), wohingegen der Fall einer Sendung zustimmungsfrei, aber vergütungspflichtig ist (§ 78 Abs. 2 Nr. 1 UrhG, sogenanntes Sendeprivileg).<sup>324</sup>

---

<sup>322</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 78 Rn. 11.

<sup>323</sup> Vgl. *Apel*, S. 281 ff.; Wandtke/Bullinger/Büscher, § 78 Rn. 6.

<sup>324</sup> Vgl. auch *Apel*, S. 282 f., 287; Wandtke/Bullinger/Büscher, § 78 Rn. 7; Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 78 Rn. 32; *Koof*, S. 122 f.; *Schack*, GRUR 2007, 639, 641; Spindler/Schuster/Wiebe, § 77 UrhG Rn. 2.

Mangels Wahrnehmung durch eine Verwertungsgesellschaft (siehe hierzu später unter III.) hat der Interpret sein Recht aus § 19a UrhG in der Regel dem Tonträgerhersteller oder einem anderen Verwerter übertragen oder ihm die Nutzungsrechte hieran eingeräumt, was für eine Ausdehnung der Ausschließlichkeitsrechte spricht.<sup>325</sup> Die Zweitverwertungsrechte werden dagegen kollektiv von der GVL wahrgenommen, was die Nutzung unter anderem deshalb erleichtert, da durch eine kollektive Rechtevergabe die Lizenztransaktionskosten gesenkt werden.<sup>326</sup>

Im Filmbereich gehen die Ausschließlichkeitsrechte, also auch das Senderecht, nach der Vermutungsregel des § 92 Abs. 1 UrhG auch ohne ausdrückliche Rechtseinräumung auf den Hersteller über, und zwar selbst dann, wenn sie zuvor schon einem Dritten eingeräumt worden waren, und unterliegen zudem nach § 92 Abs. 3 UrhG der Rechtseinschränkung des § 90 UrhG.<sup>327</sup> Die Konstruktion des § 92 Abs. 2 UrhG folgt derjenigen des § 89 Abs. 2 UrhG, nur als urheberrechtliche Regelung *sui generis*, ist aber nach einer Ansicht mit dem WPPT nicht vereinbar und im Falle der an der Filmherstellung mitwirkenden Musiker auch nicht mit der Vermiet- und Verleih-RL.<sup>328</sup> Zum Teil wird daher vehement für eine Abschaffung der §§ 89, 92 UrhG plädiert.<sup>329</sup>

Entgegen der sonst vorherrschenden urheberbegünstigenden Tendenz<sup>330</sup>, wonach die Rechte so weit wie möglich beim Urheber bzw. ausübenden Künstler verbleiben sollen, und die ihren Ausdruck auch in der aus § 31 Abs. 5 UrhG abgeleiteten Übertragungszwecklehre findet, ist hier im Gegenteil eine umfassende Rechtseinräumung zugunsten des Vertragspartners, also des Filmherstellers vorgesehen.<sup>331</sup> Die Vorschrift bezweckt die ungehinderte Verwertbarkeit des Films durch den Filmhersteller.<sup>332</sup> Sie dient damit einer

---

<sup>325</sup> Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 78 Rn. 32; ders., ZGE/IPJ 2017, 188, 205; ders., ZUM 2017, 265, 267.

<sup>326</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 78 Rn. 32; Koof, S. 123.

<sup>327</sup> Dönnwald/Gerlach, § 77 Rn. 5, 16.

<sup>328</sup> Dönnwald/Gerlach, § 77 Rn. 5.

<sup>329</sup> Vgl. nur Stellungnahme der Deutschen Orchestervereinigung e.V. zur Umsetzung der EU-Urheberrechts-Richtlinie (EU 2019/790), abrufbar unter

[https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/082019\\_Stellungnahme\\_DOV\\_EU-Richtlinien\\_Urheberrecht.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/082019_Stellungnahme_DOV_EU-Richtlinien_Urheberrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (zuletzt abgerufen am 13.5.2020).

<sup>330</sup> Siehe hierzu nur Gounalakis, ZUM 2009, 447, 448; Ulmer, S. 365.

<sup>331</sup> Vgl. auch Datta, S. 107.

<sup>332</sup> Amtl. Begr. BT-Drs. IV/270, S. 101; Möhring/Nicolini/Diesbach/Vohwinkel, § 92 Rn. 1; Schricker/Loewenheim/Katzenberger/N. Reber, Vor §§ 88 ff. Rn. 9, § 92 Rn. 1;

Konkretisierung der Übertragungszwecklehre im Filmbereich zugunsten des Filmherstellers.<sup>333</sup> § 92 UrhG gilt nicht, wenn die Darbietung außerhalb des Filmwerkes verwertet wird, was jedoch nicht den sogenannten „*Director's Cut*“ oder Videoclips betrifft.<sup>334</sup>

Hieraus wird die Bedeutung der Abgrenzung von Sendung und öffentlicher Wiedergabe sowohl im Musikbereich als auch beim Film ersichtlich. Dogmatisch ist diese Abgrenzung allerdings schwierig. Entscheidend ist die Frage, ob die Darbietung den Mitgliedern der Öffentlichkeit zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist, die Rezeptionskontrolle also aufseiten des Empfängers liegt.<sup>335</sup> In der Rechtsprechung findet sich folgende prägnante Formulierung:

„Danach wird bei der Sendung der Zeitpunkt der Übermittlung ebenso wie die zeitliche Reihenfolge der Programmbestandteile vom Sendenden vorgegeben, der zeitgleich für alle möglichen Empfänger auch das Sendesignal ausschickt, mithin über den Zeitpunkt der Übertragung entscheidet. Demgegenüber entscheidet beim öffentlichen Zugänglichmachen der Empfänger (Nutzer) über Zeitpunkt, Reihenfolge und Umfang des Empfangs und veranlasst seinerseits die Übermittlung der angeforderten Daten.“<sup>336</sup>

Lineare Dienste unterfallen also dem Begriff der „Sendung“, wohingegen nichtlineare Dienste dem Recht der öffentlichen Zugänglichmachung zuzuordnen sind.<sup>337</sup> Das Abgrenzungskriterium ist jedoch in vielen Fällen äußerst unscharf: Unklar sind insbesondere der von § 78 Abs. 1 Nr. 1 verlangte Grad an Interaktion sowie die Fragen, ob die Zugriffskontrolle objektiv beim Endnutzer liegen muss oder ob es ausreichend ist, wenn bei ihm der subjektive Eindruck jederzeitiger Abrufbarkeit entsteht, wie sich zeitliche Verzögerungen beim Zugriff auf das Werk auswirken, ob der Zugang zu einer konkreten Darbietung erforderlich ist

---

Wandtke/Bullinger/Manegold/Czernik, § 92 Rn. 1; Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, § 92 Rn. 1; Fromm/Nordemann/J. B. Nordemann, § 92 Rn. 1; v. Hartlieb/Schwarz/N. Reber, 63. Kap. Rn. 4; Dreier/Schulze, § 92 Rn. 1; Wandtke, Rechte der Urheber und ausübenden Künstler im Arbeits- und Dienstverhältnis, Rn. 427.

<sup>333</sup> Vgl. nur Henning-Bodewig, in: FS Schricker 1995, S. 389, 393, 410; Fromm/Nordemann/J. B. Nordemann, § 92 Rn. 1.

<sup>334</sup> Vgl. v. Hartlieb/Schwarz/N. Reber, 63. Kap. Rn. 5.

<sup>335</sup> Vgl. nur Gounalakis, ZUM 2009, 447, 450; Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 78 Rn. 33.

<sup>336</sup> OLG Stuttgart ZUM 2008, 698, 699 – Music-on-demand-Dienst.

<sup>337</sup> Vgl. nur Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 78 Rn. 33; Klatt, CR 2009, 517, 519 f.; Poll, GRUR 2007, 476, 480.

oder ob der Zugang zu vorgefertigten Abläufen, die die Darbietung enthalten, genügt sowie ob Mindestanforderungen an das vom Diensteanbieter bereitgestellte Zeitfenster der Abrufbarkeit zu stellen sind.<sup>338</sup>

Eine Auffassung legt die Vergütungsansprüche als Ausnahmenvorschriften eng aus<sup>339</sup> und möchte dementsprechend alle Zwischenformen der Online-Nutzung generell und damit insbesondere Near-on-Demand-Dienste nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 UrhG behandeln.<sup>340</sup> Die Gegenauffassung argumentiert, dass es vielmehr im Interesse der Interpreten liege, für die Nutzung ihrer Darbietungen vergütet zu werden.<sup>341</sup> Bei der Einordnung unter das Senderecht fließt die Vergütung zu einem erheblichen Teil direkt dem Interpreten zu, während bei Subsumtion unter § 78 Abs. 1 Nr. 1 UrhG der Verwerter profitiert, dem die Rechte übertragen worden sind.<sup>342</sup>

Die Abgrenzung hat drei Zwecken zu dienen: der sicheren Einordnung der Nutzungshandlungen *ex ante*, der Senkung der Transaktionskosten für Nutzungen sowie der Sicherstellung der angemessenen Vergütung der Interpreten (und Tonträgerhersteller, § 86 UrhG).<sup>343</sup> Aufgabe des Urheberrechts ist es daher, auf die vielfältigen Operationsbedingungen der kommunikativen Prozesse in seiner Umwelt responsiv und systemintern produktiv zu reagieren.<sup>344</sup> Erforderlich sei daher ein differenzierender Ansatz: Der primär wertenden und auf mikroökonomische Gesichtspunkte abstellenden Methode sei ein objektiv-technisches, also für die technischen Abläufe in seiner Umwelt ausreichend sensibilisiertes Verständnis des Urheberrechts – ein *more technological approach*<sup>345</sup> in Anlehnung an den *more economic approach* – vorzuziehen.<sup>346</sup>

---

<sup>338</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 78 Rn. 33; Koof, S. 169 ff.

<sup>339</sup> So etwa Dreier/Schulze, § 78 Rn. 12; Fromm/Nordemann/Schaefer, § 78 Rn. 16.

<sup>340</sup> Dreier/Schulze, § 19a Rn. 10; Fromm/Nordemann/Schaefer, § 78 Rn. 21; Schwenzer, GRUR-Int. 2001, 722, 727 ff.

<sup>341</sup> So Dünnwald/Gerlach, § 78 Rn. 28; Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 78 Rn. 34.

<sup>342</sup> BGHZ 151, 300 = ZUM 2002, 740 – Elektronischer Pressespiegel; Dünnwald/Gerlach, § 78 Rn. 28; Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 78 Rn. 34.

<sup>343</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 78 Rn. 36.

<sup>344</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 78 Rn. 36; ders., ZUM 2015, 273, 275.

<sup>345</sup> Näher hierzu Grünberger/Podszun, ZGE/IPJ 2014, 269; Hofmann, ZGE/IPJ 2016, 482.

<sup>346</sup> Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 78 Rn. 36, ders., ZUM 2015, 273, 275 ff.

## c) Einzelfälle

Im Folgenden soll jeweils eine genaue Einordnung der praxisrelevantesten Einzelfälle erfolgen.<sup>347</sup> Es handelt sich dabei insbesondere um Filesharing, Podcasting, Sharehosting und On-Demand-Download ((1)), On-Demand-Streaming ((2)), Shift-TV ((3)), Pull-Dienste ((4)) sowie personalisierte Internetradio- oder Streamingdienste ((5)).

### (1) Filesharing, Podcasting, Sharehosting, On-Demand-Download

Klassische Anwendungsfälle für § 78 Abs. 1 Nr. 1 UrhG bzw. § 19a UrhG sind interaktive Dienste<sup>348</sup>, also etwa das Filesharing und das Podcasting, weil hier der Nutzer den Zeitpunkt bestimmt<sup>349</sup>, Sharehosting-Dienste, bei denen der Diensteanbieter Dritten Serverplatz einräumt, damit diese dort Dateien hochladen und der Öffentlichkeit zur Verfügung stellen können<sup>350</sup> sowie On-Demand-Download-Dienste wie iTunes.<sup>351</sup> Podcasting ist im Wahrnehmungsvertrag der GVL eigens definiert als die öffentliche Zugänglichmachung einer bereits rechtmäßig zu Sendezwecken produzierten herkömmlichen Sendung zur nicht dauerhaften („Streaming“) oder dauerhaften („Download“) Speicherung über allgemein zugängliche Seiten im Internet (World Wide Web) oder allgemein zugängliche mobile Netzdienste durch den Rundfunkveranstalter.<sup>352</sup> Diese Definition ist jedoch zu eng. Podcasts bestehen nicht nur in „bereits rechtmäßig zu Sendezwecken produzierten herkömmlichen Sendungen von Rundfunkveranstaltern“. Vielmehr gibt es mittlerweile zahlreiche Angebote insbesondere von Einzelpersonen und zur ausschließlich nicht-linearen Nutzung.

---

<sup>347</sup> Für eine Auflistung aller Dienste vgl. etwa *Schwarz*, ZUM 2000, 816 ff.

<sup>348</sup> Amtl. Begr. BT-Drs. 15/38, S. 16 f.; *Wandtke/Bullinger/Büscher*, § 78 Rn. 7.

<sup>349</sup> Vgl. *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 78 Rn. 37, § 20 Rn. 88.

<sup>350</sup> BGHZ 194, 339 = ZUM 2013, 288, 289 – Alone in the Dark; *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 78 Rn. 37.

<sup>351</sup> BGH ZUM 2013, 493, 494 – Morpheus; *Wandtke/Bullinger/Büscher*, § 78 Rn. 8; *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 78 Rn. 37.

<sup>352</sup> GVL: Wahrnehmungsvertrag für ausübende Künstlerinnen und Künstler, abrufbar unter <https://www.gvl.de/gvl/dokumente-und-formulare> (zuletzt abgerufen am 13.12.2020), § 2 Abs. 7.



## (2) On-Demand-Streaming

Aber auch On-Demand-Streaming-Dienste wie Onlinevideotheken („Maxdome“, „Netflix“, „Amazon Prime Video“), Videoportale („YouTube“, „Vimeo“, Mediatheken der Sendeanstalten) oder Audioportale („Spotify“, „Apple Music“, Mediatheken der Hörfunkanstalten) unterfallen dem Recht der öffentlichen Zugänglichmachung.<sup>353</sup> Die lange umstrittene Frage, ob bei Plattformen mit UGC, also insbesondere „YouTube“, der hochladende Nutzer oder aber der Plattformanbieter, welcher den Speicherplatz zur Verfügung stellt, für die öffentliche Zugänglichmachung haftet, ist mit Verabschiedung der DSM-RL nach zähem Ringen für die Zukunft entschieden worden. Deren Art. 17 stellt nunmehr ausdrücklich klar, dass der Plattformanbieter grundsätzlich für diese Nutzungen haftet. Diese Vorschrift musste auch im deutschen Recht umgesetzt werden. Eine entsprechende Regelung ist daher in § 1 Abs. 1 UrhDaG vorgesehen. Bezüglich der bisherigen Rechtslage hat der EuGH zuletzt in den beiden zwischenzeitlich verbundenen Verfahren bezüglich der Dienste „YouTube“ und „Uploaded“ im Grundsatz jeweils eine Haftung abgelehnt.<sup>354</sup>

On-Demand-Streaming kann als Streaming einer auf einem Server gespeicherten Datei auf Abruf des Nutzers durch eine jeweils separate Verbindung definiert werden (Unicast).<sup>355</sup> Daneben ist aber auch eine Aufnahme nach § 77 Abs. 1 UrhG gegeben (siehe hierzu bereits oben unter I. 1. b)), da das Werk zum Zwecke des On-Demand-Streamings derart fixiert wird, dass die als solche vergängliche Darbietung technisch wiederholbar ist.<sup>356</sup> Eine Verbreitung nach § 77 Abs. 2 UrhG wäre jedoch nur dann gegeben, wenn die beim On-Demand-Streaming vorgenommene digitale Übermittlung der körperlichen Wiedergabe zugeordnet würde, was mit Einführung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung in § 78 Abs. 1 Nr. 1 UrhG überflüssig geworden ist.<sup>357</sup>

---

<sup>353</sup> Vgl. *Bäcker*, S. 253; *Büscher/Müller*, GRUR 2009, 558, 560; *Eichelberger*, S. 25; *Wandtke/Bullinger/Büscher*, § 78 Rn. 8; *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 78 Rn. 37; *Koof*, S. 320 f.

<sup>354</sup> EuGH, ZUM 2021, 682, 692 f.

<sup>355</sup> *Wandtke/Bullinger*, § 19a Rn. 34; v. *Gerlach*, S. 45; zu den technischen Hintergründen des Streaming mit der Differenzierung zwischen Progressive Download/Caching und True-On-Demand-Streaming/Buffering siehe auch *Busch*, GRUR 2011, 496, 497 f.; v. *Gerlach*, S. 57 ff.; *Wagner*, GRUR 2016, 874, 875.

<sup>356</sup> *Büscher/Müller*, GRUR 2009, 558, 560.

<sup>357</sup> *Büscher/Müller*, GRUR 2009, 558, 560.

### **(3) Shift-TV**

Shift-TV ermöglicht zeitversetztes Fernsehen, ohne dass der Nutzer die gewünschte Sendung auf seinem privaten Videorekorder aufzeichnen muss, indem ihm auf einem Großrechner des Diensteanbieters ein eigener Speicherplatz zur Verfügung gestellt wird, von wo aus er die aufgezeichnete Sendung später im Wege des Streaming oder zum Download abrufen kann.<sup>358</sup> Es ist damit ebenfalls Teil des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung (siehe oben unter (1) und (2)).

### **(4) Pull-Dienste**

Pull-Dienste<sup>359</sup> fallen unter § 78 Abs. 1 Nr. 1 UrhG, weil der Abruf individuell über Einwählen mit ULR<sup>360</sup> zu Zeiten der Wahl des Nutzers erfolgt, jedoch nur, wenn auch dieselbe Festlegung<sup>361</sup> der Darbietung der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird.<sup>362</sup>

### **(5) Personalisierte Internetradio- oder Streamingdienste**

Als problematisch erweisen sich personalisierte Internetradio- oder Streamingdienste, die es dem Nutzer erlauben, nach einem speziellen Interpreten und einer Darbietung zu suchen, also insoweit ein gewisses interaktives Element enthalten, woraufhin der Musikgeschmack des Nutzers ermittelt wird und – entweder rechnerbasiert oder aufgrund manueller Vorauswahl des Diensteanbieters – Darbietungen desselben oder vergleichbarer anderer Interpreten abgespielt werden, also die Zugänglichmachung letztlich vom Diensteanbieter gesteuert wird.<sup>363</sup> Daher sieht eine Ansicht hierin einen (vergütungspflichtigen, siehe hierzu später unter 2. b) (4)) sowie im Kapitel 4 unter V. 1.) Sendevorgang.<sup>364</sup> Denn Personalisierung an sich führt nicht zu einer erhöhten Verfügbarkeit der entsprechenden Inhalte, von daher schließen sich

---

<sup>358</sup> Vgl. nur *Apel*, S. 288 f.; *Schack*, GRUR 2007, 639, 642.

<sup>359</sup> Zum Begriff siehe *Bäcker*, S. 37.

<sup>360</sup> *Schwarz*, ZUM 2000, 816, 821 f.

<sup>361</sup> BGH GRUR 2009, 845 – Internet-Videorecorder; a. A. *Schack*, GRUR 2007, 639, 643.

<sup>362</sup> *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 78 Rn. 37.

<sup>363</sup> *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 78 Rn. 37 m. w. N.

<sup>364</sup> *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 78 Rn. 37; *Klatt*, CR 2009, 517, 522; *Koof*, S. 375 ff.

Personalisierung und Linearität nicht per se aus.<sup>365</sup> Nach anderer Auffassung liegt bei der geringsten Möglichkeit der interaktiven Einflussnahme ein Fall des § 19a UrhG vor.<sup>366</sup>

„Eine Bewertung weg von einem Vergütungsanspruch hin zu einem besseren Kontrollrecht ist hingegen spätestens dann geboten, wenn der Zugriff auf eine Vielzahl hochformatierter Spartenkanäle zu einer Bedarfsbefriedigung des Musikhörers an Tonaufnahmen führt und somit der Verkauf physischer Tonträger durch den Mehrkanaldienst substituiert zu werden droht. (...) Entscheidendes Kriterium für die Abgrenzung zwischen Exklusivrecht und Sendeprivileg ist hier also der Übergang von der Zweitauswertung zur Erstauswertung mit Substitutionseffekt.“<sup>367</sup>

Fällt eine Nutzungsform weder unter die eine noch unter die andere Verwertungsart, entsteht bei den ausübenden Künstlern wegen der abschließenden Auflistung eine Schutzlücke.<sup>368</sup>

## **2. (Eingeschränktes) Senderecht (§ 78 Abs. 1 Nr. 2 UrhG)**

Das Senderecht der ausübenden Künstler ist völkerrechtlich in Art. 7 Abs. 1 lit. a) Rom-Abkommen, Art. 14 Abs. 1 S. 2 TRIPS und Art. 6 i) WPPT geregelt. Es ist im Vergleich zum Urheberrecht erheblich beschränkt.<sup>369</sup> Dies lässt sich im Gefüge der multipolaren Interessenlage der Interpreten, Nutzer, Verbraucher und der Allgemeinheit rechtfertigen, da dadurch insbesondere die Transaktionskosten für den Nutzer gesenkt und damit Anreize für vielfältige Dienstangebote geschaffen werden, wobei der Gesetzgeber auch das Interesse an der Befriedigung kultureller Bedürfnisse berücksichtigen durfte.<sup>370</sup> Ferner verbessert ein Ausschließlichkeitsrecht nicht zwingend die Situation der ausübenden Künstler:

„Weil der Interpret dem Tonträgerhersteller oder sonstigen Verwerter alle Nutzungsrechte überträgt oder einräumt (§ 79), profitiert er nicht

---

<sup>365</sup> Vgl. *Malcher*, S. 165 f.

<sup>366</sup> So *Wandtke/Bullinger/Büscher*, § 78 Rn. 8.

<sup>367</sup> *Schwenzer*, GRUR Int. 2001, 722, 729 (zum Tonträgerhersteller).

<sup>368</sup> Vgl. *Apel*, S. 290, 400 ff.

<sup>369</sup> Vgl. *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 78 Rn. 2.

<sup>370</sup> BVerfGE 81, 208 = ZUM 1990, 285 – Bob Dylan; *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 78 Rn. 38.

unmittelbar vom Ausschließlichkeitsrecht, sondern lediglich mittelbar über die Möglichkeit der antizipierten Vergütung (Vorschuss) in Künstlerverträgen. Das in § 78 vorgesehene System dient damit im Ergebnis den Interessen der Interpreten und der Allgemeinheit, während die Interessen der Verwerter nach der verfassungskonformen Konzeption des Gesetzes zurückstehen müssen. Die Vergütung bleibt allerdings nur zur Hälfte beim Interpreten, der Rest geht an die Tonträgerhersteller (§ 86).“<sup>371</sup>

Es ist auch hier kurz auf den Tatbestand (a)) sowie auf Einzelfälle (b)) einzugehen.

### **a) Tatbestand**

Der ausübende Künstler hat nach § 78 Abs. 1 Nr. 2 UrhG das ausschließliche Recht, seine Darbietung zu senden, es sei denn die Darbietung ist erlaubterweise auf Bild- oder Tonträger aufgenommen worden, die erschienen oder erlaubterweise öffentlich zugänglich gemacht worden sind. Der Begriff der „Sendung“ entspricht dem in § 20 UrhG.<sup>372</sup> Er beinhaltet danach die öffentliche Zugänglichmachung durch Funk, wie Ton- und Fernsehrundfunk, Satellitenrundfunk, Kabelfunk oder ähnliche technische Mittel. Erfasst ist jede Form von drahtgebundener oder drahtloser Übermittlung einer Darbietung durch elektromagnetische Wellen an die Öffentlichkeit.<sup>373</sup> Der Sendebegriff ist also in richtlinienkonformer Auslegung weit zu verstehen.<sup>374</sup> So sind insbesondere auch alle digitalen Sendeformen erfasst, wobei unerheblich ist, ob es sich um ein redaktionell gestaltetes Mischprogramm herkömmlicher Art oder nach Musikarten und -farben spezifizierte Spartenprogramme mit regelmäßiger Wiederholung der bekannten „Hits“ und ohne Wortunterbrechungen handelt.<sup>375</sup> Ferner ist unerheblich, ob es sich um eine Live-Sendung, die Sendung einer

---

<sup>371</sup> Schricker/Loewenheim/*Grünberger*, § 78 Rn. 38 unter Verweis auf BGHZ 151, 300 ff. = ZUM 2002, 740 – Elektronischer Pressespiegel und BVerfGE 31, 275, 286 = GRUR 1972, 491, 494 – Schallplatten.

<sup>372</sup> *Apel*, S. 285; Wandtke/Bullinger/*Büscher*, § 78 Rn. 9; *Dreier/Schulze*, § 78 Rn. 6; *Dünnwald/Gerlach*, § 78 Rn. 20; Schricker/Loewenheim/*Grünberger*, § 78 Rn. 39; *Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch*, § 78 Rn. 3; Möhring/*Nicolini/Stang*, § 78 Rn. 7.

<sup>373</sup> *Apel*, S. 285; Wandtke/Bullinger/*Büscher*, § 78 Rn. 9; *Dreier/Schulze*, § 20 Rn. 7, 9.

<sup>374</sup> Schricker/Loewenheim/*Grünberger*, § 78 Rn. 39.

<sup>375</sup> BGH ZUM 2004, 669, 670 – Musikmehrkanaldienst; *Dünnwald/Gerlach*, § 78 Rn. 20.

aufgenommenen Darbietung, eine Anschluss-, Weiter- oder Wiederholungssendung oder eine Sendung im Internet handelt.<sup>376</sup>

Die Ausnahme von Darbietungen, die erlaubterweise auf Bild- oder Tonträger aufgenommen wurden, die entweder erschienen oder erlaubterweise öffentlich zugänglich gemacht worden sind, führt in der Praxis dazu, dass das ausschließliche Senderecht lediglich drei Schutzgegenstände erfasst: die Live-Sendung der Live-Darbietung, die Darbietung, die ohne Erlaubnis des Interpreten auf Bild- oder Tonträger aufgenommen worden ist und die erlaubterweise aufgenommene Darbietung, wenn Bild- oder Tonträger entweder nicht erschienen oder nicht erlaubterweise öffentlich zugänglich gemacht worden sind.<sup>377</sup> Der Begriff des „Erscheinens“ entspricht der Legaldefinition in § 6 Abs. 2 UrhG.<sup>378</sup> Danach ist ein Werk erschienen, wenn mit Zustimmung des Berechtigten Vervielfältigungsstücke des Werkes nach ihrer Herstellung in genügender Anzahl der Öffentlichkeit angeboten oder in Verkehr gebracht worden sind.

## **b) Einzelfälle**

Bezüglich der Einordnung von Einzelfällen kann zunächst auf die bereits vorgenommene Abgrenzung zum Recht der öffentlichen Zugänglichmachung verwiesen werden (siehe hierzu oben unter 1. c)). Im Folgenden sollen dabei das Live-Streaming ((1)), Near-on-demand-Dienste ((2)), Push-Dienste ((3)) sowie abermals die personalisierten Internetradio- oder Streamingdienste ((4)) genauer beleuchtet werden.

### **(1) Live-Streaming**

Das Livestreaming (sei es als Simulcasting oder Webcasting) ist ein Sendevorgang.<sup>379</sup> Es ist dadurch gekennzeichnet, dass ein Server einen Datenstrom zu einer bestimmten Zeit an beliebig viele Empfänger sendet

---

<sup>376</sup> Schricker/Loewenheim/*Grünberger*, § 78 Rn. 39.

<sup>377</sup> Schricker/Loewenheim/*Grünberger*, § 78 Rn. 41.

<sup>378</sup> BGH GRUR 1981, 360, 361 – Erscheinen von Tonträgern; BGHZ 161, 161 = GRUR 2005, 502, 504 – Götterdämmerung; Schricker/Loewenheim/*Grünberger*, § 78 Rn. 42; Dreyer/Kotthoff/*Meckel/Hentsch*, § 78 Rn. 3.

<sup>379</sup> Vgl. nur *Eichelberger*, S. 24; Schricker/Loewenheim/*Grünberger*, § 78 Rn. 37, § 20 Rn. 81; *Kähler*, ZUM 2016, 417, 419; *Klatt*, CR 2009, 517, 518 f.; *Koof*, S. 311 ff.; *Sasse/Waldhausen*, ZUM 2000, 837, 842.

(Multicast).<sup>380</sup> Von Simulcasting spricht man, wenn das Streaming zeitgleich mit einer herkömmlichen Rundfunksendung erfolgt, Webcasting bezeichnet allein im Internet erfolgte lineare Verbreitungen eines Hörfunk- oder Fernsehprogramms wie Web-Radio oder Internet-TV.<sup>381</sup> Folglich bestimmt allein der Anbieter den Zeitpunkt der Übermittlung, die an alle Nutzer zeitgleich erfolgt, weshalb eine vergleichbare Situation wie bei der Fernseh- oder Radioausstrahlung vorliegt.<sup>382</sup>

Im Wahrnehmungsvertrag der GVL ist Simulcasting als die nicht-interaktive, zeitgleiche, unveränderte und nicht zur dauerhaften Speicherung („Streaming“) bestimmte Übertragung einer Rundfunksendung über allgemein zugängliche Seiten im Internet (World Wide Web) oder in mobilen Netzdiensten definiert.<sup>383</sup> Webcasting meint die nicht-interaktive und nicht zur dauerhaften Speicherung bestimmte Übertragung von Tonträgeraufnahmen über allgemein zugängliche Seiten im Internet (World Wide Web) oder allgemein zugängliche mobile Netzdienste auf einem oder mehreren Kanälen, sofern der Hauptzweck des Angebots nicht darin liegt, bestimmte Produkte oder Dienstleistungen (ausgenommen solche mit Bezug zu Tonträgeraufnahmen, Live-Konzerten oder anderen musikbezogenen Veranstaltungen) zu verkaufen, zu bewerben oder anderweitig zu fördern.<sup>384</sup> Beim Live-Streaming ist also auch bei den ausübenden Künstlern das Senderecht betroffen, welches in diesem Fall dem Recht auf öffentliche Wahrnehmbarmachung gemäß § 78 Abs. 1 Nr. 3 UrhG vorgeht.<sup>385</sup>

## **(2) Near-on-Demand-Dienste (Multicasting)**

Auch Near-on-Demand-Dienste<sup>386</sup> (Multicasting) sind grundsätzlich Sendungen, weil sich der Nutzer lediglich zu einem fremdbestimmten Beginn zuschalten, aber

---

<sup>380</sup> Wandtke/Bullinger, § 19a Rn. 34; v. Gerlach, S. 45 f.

<sup>381</sup> Apel, S. 288; Bäcker, S. 35 f.; v. Gerlach, S. 51; Schack, GRUR 2007, 639, 641; v. Hartlieb/Schwarz/Schwarz/Hansen, 260. Kap. Rn. 2; Wiechmann, ZUM 2014, 764, 769.

<sup>382</sup> Bäcker, S. 243; Sasse/Waldhausen, ZUM 2000, 837, 842; Schardt, ZUM 2000, 849, 854.

<sup>383</sup> GVL: Wahrnehmungsvertrag für ausübende Künstlerinnen und Künstler, abrufbar unter <https://www.gvl.de/gvl/dokumente-und-formulare> (zuletzt abgerufen am 13.12.2020), § 2 Abs. 5.

<sup>384</sup> GVL: Wahrnehmungsvertrag für ausübende Künstlerinnen und Künstler, abrufbar unter <https://www.gvl.de/gvl/dokumente-und-formulare> (zuletzt abgerufen am 13.12.2020), § 2 Abs. 6.

<sup>385</sup> Büscher/Müller, GRUR 2009, 558, 560.

<sup>386</sup> Zum Begriff siehe Bäcker, S. 35, 47.

nicht die vollständige Rezeptionskontrolle ausüben kann.<sup>387</sup> Nach einer Ansicht gilt dies auch, wenn die Sendeintervalle noch so kurz sind, sodass der Eindruck der jederzeitigen Abrufbarkeit entstehen kann.<sup>388</sup> Nach anderer Auffassung liegt jedenfalls dann ein Fall von § 19a UrhG vor.<sup>389</sup> Einer genaueren Stellungnahme in dieser Diskussion bedarf es nicht, da diese Technik in der Praxis kaum mehr eine relevante Bedeutung hat.<sup>390</sup>

### (3) Push-Dienste

Push-Dienste<sup>391</sup> eines zugeschnittenen Programmangebots mit Zwischenspeicherung<sup>392</sup> sind, jedenfalls wenn dieselben Daten zeitgleich an mehrere Mitglieder der Öffentlichkeit übermittelt werden, Sendungen (ähnlich Pay-TV), da der jeweilige Anbieter den Übermittlungsvorgang an die Öffentlichkeit aktiv steuert.<sup>393</sup> Push-Dienste in Form individueller Übermittlungen sind nach einer Ansicht weder eine Sendung noch eine öffentliche Zugänglichmachung, da nicht der Nutzer, sondern der Anbieter den Zeitpunkt der Übermittlung bestimmt.<sup>394</sup> Im Urheberrecht wird hier teilweise ein unbenannter Fall der öffentlichen Wiedergabe angenommen.<sup>395</sup> Andere widersprechen dem, da die Wiedergabe gerade nicht öffentlich erfolge, der pushende Verkäufer vielmehr selbst unmittelbar eine Vervielfältigung auf dem Computer des Kunden vornehme.<sup>396</sup> Im Interpretenrecht wäre die Annahme eines Innominatfalles aufgrund des abschließenden Katalogs der unkörperlichen Verwertungsrechte nicht möglich. Aufgrund der Bestimmung des Übermittlungszeitpunktes durch den Anbieter ist aber ohnehin auch hier von einer Sendung auszugehen.

---

<sup>387</sup> *Bäcker*, S. 252; *Brunner*, S. 154; *Dünnwald/Gerlach*, § 78 Rn. 16; *Eichelberger*, S. 25 f.; v. *Gerlach*, S. 52; *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 78 Rn. 37, § 20 Rn. 9; a. A. *Wandtke/Bullinger/Büscher*, § 78 Rn. 8; *Koof*, S. 326 ff.; v. *Hartlieb/Schwarz/Schwarz/Hansen*, 260. Kap. Rn. 15.

<sup>388</sup> *Schack*, GRUR 2007, 639, 641.

<sup>389</sup> BGH ZUM 2004, 669 – Musikmehrkanaldienst; *Wandtke/Bullinger/Büscher*, § 78 Rn. 8.

<sup>390</sup> Siehe auch *Kähler*, ZUM 2016, 417, 419.

<sup>391</sup> Zum Begriff siehe *Bäcker*, S. 37.

<sup>392</sup> *Schwarz*, ZUM 2000, 816, 821 f.

<sup>393</sup> Vgl. *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 78 Rn. 37; *Koof*, S. 333 ff.; *Poll*, GRUR 2007, 476, 481; v. *Hartlieb/Schwarz/Schwarz/Hansen*, 260. Kap. Rn. 11; *Schack*, GRUR 2007, 639, 643; a. A. *Bäcker*, S. 257.

<sup>394</sup> *Schack*, GRUR 2007, 639, 643 m. w. N. in Fn. 56.

<sup>395</sup> So *Schack*, GRUR 2007, 639, 643 m. w. N. in Fn. 57; offengelassen von *Poll*, GRUR 2007, 476, 481.

<sup>396</sup> Vgl. *Schack*, GRUR 2007, 639, 643.

#### **(4) Personalisierte Internetradio- oder Streamingdienste**

Bezüglich personalisierter Internetradio- oder Streaming-Dienste gilt das bereits Gesagte (siehe hierzu bereits oben unter 1. c) (5)). Die Einordnung ist streitig. Zwar spricht das Element der Personalisierung für eine öffentliche Zugänglichmachung. Da jedoch der Abruf im Ergebnis auch hier vom Anbieter gesteuert wird<sup>397</sup>, handelt es sich um ein lineares Angebot und damit um einen Sendevorgang.

### **3. (Eingeschränktes) Recht der öffentlichen Wahrnehmbarmachung (§ 78 Abs. 1 Nr. 3 UrhG)**

Auch das Recht der öffentlichen Wahrnehmbarmachung ist im Interpretenrecht im Vergleich zum Urheberrecht erheblich beschränkt.<sup>398</sup> Da durch technische Vorrichtungen die Live-Darbietung außerhalb des Veranstaltungsraumes übertragen werden kann, erleidet der ausübende Künstler einen Kontrollverlust.<sup>399</sup> Zum Ausgleich verhindert § 78 Abs. 1 Nr. 3 UrhG – wie auch § 19 Abs. 3 UrhG für die Urheber –, dass das Publikum ohne Zustimmung des ausübenden Künstlers erweitert wird.<sup>400</sup> § 78 Abs. 1 Nr. 3 UrhG beruht auf Art. 8 Abs. 1 Vermiet- und Verleih-RL sowie Art. 6 lit. i) WPPT und ist dementsprechend richtlinien- und völkerrechtskonform auszulegen.<sup>401</sup> Nach der allgemeinen Untersuchung des Tatbestandes (a)) soll ein genauerer Blick auf die Frage der Abgrenzung des Raumes (b)) geworfen werden.

#### **a) Tatbestand**

Der ausübende Künstler hat nach § 78 Abs. 1 Nr. 3 UrhG das ausschließliche Recht, seine Darbietung außerhalb des Raumes, in dem sie stattfindet, durch Bildschirm, Lautsprecher oder ähnliche technische Einrichtungen öffentlich wahrnehmbar zu machen. Da die Vorschrift von einer unmittelbar stattfindenden

---

<sup>397</sup> Schrickner/Loewenheim/Grünberger, § 78 Rn. 37; Klatt, CR 2009, 517, 522; Koof, S. 371 ff.

<sup>398</sup> Schrickner/Loewenheim/Grünberger, § 78 Rn. 4, 45.

<sup>399</sup> Grünberger, Rn. 2; Schrickner/Loewenheim/Grünberger, § 78 Rn. 4.

<sup>400</sup> Vgl. Amtl. Begr. BT-Drs. IV/270, S. 90; Schrickner/Loewenheim/Grünberger, § 78 Rn. 4; Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, § 78 Rn. 4; Wandtke/Bullinger/Büscher, § 78 Rn. 12.

<sup>401</sup> Schrickner/Loewenheim/Grünberger, § 78 Rn. 45.



Darbietung in einem Veranstaltungsraum ausgeht, wird in richtlinienkonformer Auslegung nur die Live-Darbietung des ausübenden Künstlers geschützt.<sup>402</sup> Dies ergibt sich namentlich aus Art. 8 Abs. 1 Vermiet- und Verleih-RL, der nicht nur bereits gesendete, sondern auch auf einer Aufzeichnung beruhende Darbietungen vom Ausschließlichkeitsrecht ausnimmt. Auch der Begriff der „Öffentlichkeit“ ist – wie in der Parallelvorschrift des § 19 Abs. 3 UrhG bezüglich der Urheber – richtlinienkonform auszulegen.<sup>403</sup>

In der Praxis erfolgt eine solche direkte Übertragung insbesondere in die Räume des Veranstaltungsorts für die an der Produktion Beteiligten, ins Foyer für zu spät kommende Zuschauer oder auf den Vorplatz des Theaters für interessierte Zuschauer als Public Viewing.<sup>404</sup> Bei Übertragungen einer Theateraufführung ausschließlich zum theatereigenen Zweck unterliegen die Künstler in der Regel einer entsprechenden vertraglichen Duldungspflicht, etwa aus § 8 Abs. 3 NV Bühne bzw. § 7 Abs. 4d TVK (siehe hierzu später im Kapitel 3 unter III. 1. a) (1) (d)). Dieser theatereigene Gebrauch umfasst zum einen die Übertragung innerhalb der für Theaterzwecke genutzten Räumlichkeiten, insbesondere bei Proben, Verständigungen und Aufführungen (auch für zu spät kommende Besucher), und zum anderen die Archivierung dieser Bild-, Ton- und/oder Bildtonträger, nicht aber das Verleihen, Vermieten oder den Verkauf ebenjener Bild-, Ton- und/oder Bildtonträger.<sup>405</sup>

## **b) Abgrenzung des Raumes**

Problematisch ist die genaue Abgrenzung dieses Raumes.<sup>406</sup> Sie bestimmt sich insbesondere danach, was von der Vergütung des ausübenden Künstlers als abgegolten angesehen werden kann.<sup>407</sup> So ist etwa ein durch ein Theater oder Orchester selbst bereitgestelltes Public Viewing nur von der Rechteeinräumung nach § 8 NV Bühne umfasst, wenn dadurch kein zusätzliches Publikum und/oder

---

<sup>402</sup> Wandtke/Bullinger/Büscher, § 78 Rn. 14; Dreier/Schulze, § 78 Rn. 7; Dünnwald/Gerlach, § 78 Rn. 24; Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 78 Rn. 46.

<sup>403</sup> Vgl. Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, § 19 Rn. 2; Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 78 Rn. 30b, 47; ders., ZUM 2015, 273, 275; Schricker/Loewenheim/v. Ungern-Sternberg, § 19 Rn. 2.

<sup>404</sup> Siehe hierzu im Detail Bolwin, ZUM 2015, 963, 966; Bolwin/Sponer, § 8 NV Bühne Rn. 37, 54; Dünnwald/Gerlach, § 78 Rn. 25; Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 78 Rn. 49.

<sup>405</sup> Vgl. Wandtke, ZUM 1993, 163, 166.

<sup>406</sup> Vgl. Möhring/Nicolini/Stang, § 78 Rn. 12.

<sup>407</sup> Vgl. Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, § 78 Rn. 4.

zusätzliche Einnahmen generiert werden; es muss also wohl auf das Stadtgebiet begrenzt und kostenlos sein, ansonsten entstünde eine Vergütungspflicht.<sup>408</sup>

Abschließend bleibt zu § 78 UrhG noch folgendes festzuhalten: Dass dieser kein Vortrags- und Aufführungsrecht entsprechend § 19 Abs. 1 und 2 UrhG vorsieht, ist noch einleuchtend, da es der Interpret selbst in der Hand hat, ob es überhaupt zu einer Darbietung kommt. Daneben ist für die ausübenden Künstler allerdings auch kein Vorführrecht entsprechend § 19 Abs. 4 UrhG und damit auch keine Vergütungspflicht in diesem Falle vorgesehen, weshalb beispielsweise die Filmwiedergabe im Kino frei von Leistungsschutzrechten ist.<sup>409</sup> Wie bereits erwähnt ist die Aufzählung der Verwertungsrechte in § 78 UrhG zudem im Unterschied zu der für die Urheber entsprechenden Vorschrift des § 15 Abs. 2 UrhG abschließend. Dies bedeutet, dass neue Verwertungsformen, die nicht unter § 78 UrhG fallen, dem Interpreten weder zur ausschließlichen Verwertung zugewiesen sind noch vergütet werden, was jedoch nicht zwingend als Schutzlücke im Interpretenrecht, sondern vielmehr als logische Konsequenz des Systems abschließend aufgezählter Verwertungsrechte zu werten ist.<sup>410</sup>

#### **4. Zusammenfassung**

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die unkörperliche Verwertung der Darbietungen ausübender Künstler eine Besonderheit gegenüber dem Urheberrecht aufweist: Während das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung noch vollumfänglich einem Verbotsrecht unterliegt, sind das Senderecht und das Recht der öffentlichen Wahrnehmbarmachung insoweit stark eingeschränkt, als nur für die unmittelbare (= Erst-)Verwertung ein Ausschließlichkeitsrecht gewährt wird. Bezogen auf die Bedeutung der unkörperlichen Verwertungsrechte für die angemessene Vergütung ausübender Künstler bei digitalen Nutzungsvorgängen ist also zu differenzieren: Während bezüglich der Erstverwertung Ausschließlichkeitsrechte, insbesondere das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung, bedeutsam sind, werden die folgenden

---

<sup>408</sup> Vgl. *Bolwin/Sponer*, § 8 NV Bühne Rn. 54.

<sup>409</sup> Vgl. *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 78 Rn. 5; kritisch *Dünnwald/Gerlach*, Vor § 77 Rn. 6.

<sup>410</sup> Vgl. auch *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 78 Rn. 5.

Verwertungsvorgänge von gesetzlichen Vergütungsansprüchen abgedeckt (siehe hierzu später im Kapitel 4 unter V.).

### III. Rolle der Verwertungsgesellschaften

Grundsätzlich ist die GVL als Verwertungsgesellschaft für die Rechte der ausübenden Künstler erst bei der Zweitverwertung, also bei den der Erstverwertung folgenden Massennutzungen involviert und nimmt keine Erstverwertungsrechte wahr. Aktuell nimmt sie daher – anders als etwa die GEMA für die musikalischen Urheber – auch keine Onlinerechte wahr (außer für Podcasting<sup>411</sup>). Dies könnte allerdings angedacht werden. Das würde zu einer Senkung von Transaktionskosten und zu einer angemessenen Vergütung der ausübenden Künstler führen.<sup>412</sup> *De lege ferenda* könnte man sogar über eine verwertungsgesellschaftspflichtige Ausgestaltung des Onlinerechts nachdenken (wie es zum Teil etwa Art. 4 Abs. 1 Online-SatCab-RL bereits vorgibt, siehe hierzu später im Kapitel 4 unter I. 2.), jedenfalls im Bereich der Kleinst- oder Hintergrundnutzung.<sup>413</sup> Die VG Bild-Kunst etwa hat zuletzt die Rechte der öffentlichen Zugänglichmachung und der Vervielfältigung im Rahmen der vom Anwendungsbereich der DSM-RL erfassten Plattformnutzungen unter § 1 Ziff. 1.22 (Berufsgruppen I und II)<sup>414</sup> bzw. § 1 Ziff. 16 (Berufsgruppen III)<sup>415</sup> in ihre Wahrnehmungsverträge aufgenommen.

---

<sup>411</sup> GVL: Wahrnehmungsvertrag für ausübende Künstlerinnen und Künstler, abrufbar unter <https://www.gvl.de/gvl/dokumente-und-formulare> (zuletzt abgerufen am 13.12.2020), § 1 Abs. 1 Nr. 2 c).

<sup>412</sup> Vgl. nur Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 79 Rn. 82.

<sup>413</sup> Vgl. hierzu Grandjean, ZUM 2019, 409, 413; Stieper, ZUM 2019, 393, 400; zu den Vor- und Nachteilen eines verwertungsgesellschaftspflichtigen Ausschließlichkeitsrechts siehe auch Plate, S. 205 f.

<sup>414</sup> VG Bild-Kunst: Wahrnehmungsvertrag Berufsgruppen I und II Bildende Kunst – Bildautoren, abrufbar unter [https://www.bildkunst.de/fileadmin/user\\_upload/downloads/wahrnehmungsvertrag/2020-12-11\\_Muster\\_Wahrnehmungsvertrag-I-II\\_VGBK.pdf](https://www.bildkunst.de/fileadmin/user_upload/downloads/wahrnehmungsvertrag/2020-12-11_Muster_Wahrnehmungsvertrag-I-II_VGBK.pdf) (zuletzt abgerufen am 11.1.2021).

<sup>415</sup> VG Bild-Kunst: Wahrnehmungsvertrag Berufsgruppen III Film – Fernsehen – Audiovision, abrufbar unter [https://www.bildkunst.de/fileadmin/user\\_upload/downloads/wahrnehmungsvertrag/2020-12-11\\_Muster\\_Wahrnehmungsvertrag-III\\_VGBK.pdf](https://www.bildkunst.de/fileadmin/user_upload/downloads/wahrnehmungsvertrag/2020-12-11_Muster_Wahrnehmungsvertrag-III_VGBK.pdf) (zuletzt abgerufen am 11.1.2021).

#### IV. Ergebnis

Abschließend bleibt festzuhalten, dass die Einordnung der verschiedenen Online-Nutzungsarten unter die bestehenden Ausschließlichkeitsrechte gezeigt hat, dass die Erstverwertung auch im Recht der ausübenden Künstler ganz überwiegend Ausschließlichkeitsrechten unterliegt. Diese liegen jedoch in der Praxis in aller Regel sowohl im Musik- als auch im Filmbereich – wenngleich aus unterschiedlichen Gründen – bei den Produzenten. Dabei sind zum Teil auch Rechte der körperlichen Verwertung, etwa das Aufnahme- und/oder das Vervielfältigungsrecht betroffen. Darüber hinaus muss insbesondere zwischen öffentlicher Zugänglichmachung und Sendung eine präzise Einordnung der vielfältigen digitalen Erscheinungsformen erfolgen. Zentrales Abgrenzungskriterium hierbei ist, ob der Abruf durch den Nutzer an Orten und zu Zeiten seiner Wahl erfolgt (dann öffentliche Zugänglichmachung) oder ob es sich um einen linearen Dienst, also eine vom Anbieter vorgegebene Ausstrahlung (dann Sendung) handelt. Das große Problem bei der öffentlichen Wiedergabe ist, dass Art. 3 Abs. 2 InfoSoc-RL für die ausübenden Künstler – im Unterschied zu Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie für die Urheber – eine abschließende Aufzählung der Verwertungsrechte vorsieht. Lässt sich eine Nutzungsart daher nicht genau zuordnen, entsteht eine Schutzlücke. Verwertungsgesellschaften ausübender Künstler haben im Bereich der Erstverwertung bislang kaum eine Wahrnehmungsbefugnis. Die Bedeutung der Ausschließlichkeitsrechte für die angemessene Vergütung der ausübenden Künstler ist also lediglich eine mittelbare. Unmittelbar behält der Interpret durch die Gewährung von Exklusivrechten erst einmal nur die Kontrolle über die Verwertung seiner Rechte. Für eine angemessene Vergütung kommt es dagegen auf die Bedingungen der individuellen Einräumung bzw. Übertragung dieser Rechte an. Sowohl im Musikbereich als auch in der Filmbranche kommt daher den (individual- oder kollektiv-)vertraglichen Regelungen sowie etwaigen zusätzlich greifenden gesetzlichen Korrektiven eine besondere Bedeutung zu. Im Folgenden ist zunächst der entsprechende interpretenvertragsrechtliche Mechanismus in den Blick zu nehmen.

### Kapitel 3

#### Der interpretenvertragsrechtliche Mechanismus und seine Defizite im Digitalzeitalter

Notwendige Folge der Ausschließlichkeitsrechte ist die Möglichkeit ihrer vertraglichen Übertragung oder Einräumung, die im Interpretenvertragsrecht in § 79 Abs. 1 bzw. Abs. 2 UrhG geregelt ist. §§ 79 Abs. 2a, 79a und 79b UrhG wiederum enthalten Regelungen zur Findung einer angemessenen Vergütung hierfür. Zum Teil wird in den vertragsrechtlichen Normen ein gesetzlicher Anspruch gesehen, zugleich jedoch zugestanden, dass die Differenzierung dogmatisch nicht zwingend einleuchte.<sup>416</sup> Aus diesem Grund wird im Folgenden von einer vertraglichen Einordnung ausgegangen.

Nach einer Ansicht können im Gegensatz zum Urheberrecht die Leistungsschutzrechte des ausübenden Künstlers aus §§ 77 und 78 UrhG gemäß § 79 Abs. 1 Satz 1 UrhG translativ übertragen werden.<sup>417</sup> Diese Regelung wird jedoch stark kritisiert.<sup>418</sup> Nach § 79 Abs. 1 S. 1 UrhG kann der ausübende Künstler die im vorangegangenen Kapitel besprochenen Ausschließlichkeitsrechte übertragen, und zwar nur diese und nicht gesetzliche Vergütungsansprüche, wie auch Satz 2 der Vorschrift klarstellt.<sup>419</sup> Sonderregelungen gelten mit § 92 UrhG für ausübende Künstler im Filmbereich (siehe hierzu bereits oben im Kapitel 2 unter II. 1. b).<sup>420</sup> Nachdem die – durch das Gesetz zur verbesserten Durchsetzung des Anspruchs der Urheber und ausübenden Künstler auf angemessene Vergütung von 2016 eingeführte – einen Großteil der urhebervertragsrechtlichen Vorschriften für anwendbar erklärende Vorschrift des § 79 Abs. 2a UrhG nunmehr jedoch gleichermaßen für Rechtsübertragungen nach § 79 Abs. 1 UrhG und Rechtseinräumungen nach § 79 Abs. 2 UrhG gilt, kommt der dogmatischen Unterscheidung keine große Bedeutung mehr zu.<sup>421</sup>

---

<sup>416</sup> So *Hoeren*, MMR 2000, 449.

<sup>417</sup> *Wandtke/Bullinger/Büscher*, § 79 Rn. 2; *Dreier/Schulze*, § 79 Rn. 4; *Spindler/Schuster/Wiebe*, § 79a UrhG Rn. 2.

<sup>418</sup> Vgl. *Dünnwald*, ZUM 2004, 161, 169 f.; *ders./Gerlach*, § 79 Rn. 6; *ders.*, ZUM 2008, 372, 376 m. w. N; *Grünberger*, Rn. 1066 ff.; *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 79 Rn. 11 f.; *Hertin/Wagner*, Rn. 753; *Rohweder*, UFITA 2015/III, 401, 449 ff.

<sup>419</sup> Vgl. *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 79 Rn. 1, 13.

<sup>420</sup> Vgl. auch *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 79 Rn. 27.

<sup>421</sup> Zum insofern früher bestehenden Streit siehe nur *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 79 Rn. 8 f.

In der Verweisungsnorm des § 79 Abs. 2a UrhG kommt zum Ausdruck, dass Urheber und ausübende Künstler gleichermaßen schutzwürdig sind, letztere also nicht als Kreative Zweiter Klasse anzusehen sind.<sup>422</sup> Sie erbringen vielmehr eine der „Werkschöpfung vergleichbare kreative Leistung“, die ebenso gewisser Anreize bedarf.<sup>423</sup> Wie auch bei dem größtenteils durch die Verweisungsnorm des § 79 Abs. 2a UrhG für die ausübenden Künstler für anwendbar erklärten Urhebervertragsrecht handelt es sich um Regelungen im Rechtsverkehr zwischen zwei Parteien. Nach einer Betrachtung der möglichen Einschränkung des Grundsatzes der Privatautonomie (I.) und der verschiedenen Anspruchsgrundlagen des § 32 UrhG (II.) soll im Folgenden insbesondere die angemessene Interpretenvergütung bei der digitalen Verwertung einer künstlerischen Darbietung durch kollektive und individuelle vertragliche Regelungen untersucht werden (III.). Dabei ist auch auf die Defizite dieser Marktlösung einzugehen (IV.), bevor die gesetzlichen Instrumente zur Stärkung der vertraglichen Ansprüche in den Blick zu nehmen sind (V.).

## **I. Einschränkung der Privatautonomie bei gestörter Vertragsparität aufgrund strukturellen Ungleichgewichts**

Das Urhebervertragsrecht, das ursprünglich sogar ein eigenes Gesetz bekommen sollte, ist insbesondere durch die Reform von 2002 umfassend geregelt worden. Diese wiederum war Ergebnis langwieriger Diskussionen aufgrund „grundsätzliche(r) Bedenken im Hinblick auf die ehernen Prinzipien des Privatrechts, nämlich Vertragsfreiheit und Vertragserfüllung (*pacta sunt servanda*)“<sup>424</sup>. Im Jahr 2016 wurde das insbesondere wegen seiner Durchsetzungsdefizite als noch nicht ausreichend angesehene Regelungssystem einer weiteren Reform unterzogen.<sup>425</sup> Die gesamte Problematik des Urhebervertragsrechts lässt sich darauf zurückführen, dass hierin ein Eingriff in den Grundsatz der Privatautonomie liegt, der einem permanenten Rechtfertigungsdruck unterliegt.

---

<sup>422</sup> Siehe nur Gerlach, ZUM 2008, 372 ff.; Grünberger, Rn. 1073; Wandtke, ZUM 2015, 488, 489.

<sup>423</sup> Ohly, Gutachten F, S. 34.

<sup>424</sup> Dietz, GRUR Int. 2015, 309, 314.

<sup>425</sup> Siehe hierzu insbesondere BT-Drs. IV/270, S. 28, 56; Oberfell/Zurth, ZGE/IPJ 2016, 1; Soppe, NJW 2018, 729.

In der Tat ist in den urhebervertragsrechtlichen Regelungen ein nicht unerheblicher Eingriff in die Privatautonomie zu sehen.<sup>426</sup> So sind die Vertragsparteien nicht mehr völlig frei in ihren Verhandlungen. Doch auch das hohe Gut der Privatautonomie ist nicht ausnahmslos gewährleistet. Vielmehr können der Privatautonomie durchaus Schranken gesetzt sein zum Schutz vor Benachteiligung bei wirtschaftlichem Machtungleichgewicht oder Wissensvorsprung, wie dies etwa bei der AGB-Kontrolle sowie im Verbraucher-, Versicherungs- und Arbeitsrecht (vgl. auch Art. 6 ff. Rom I-VO<sup>427</sup>) der Fall ist.

Daneben besteht auch eine Einschränkung der Berufsfreiheit. Der Eingriff in Art. 12 GG ist jedoch gerechtfertigt durch den Zweck, sozialen und wirtschaftlichen Ungleichgewichten entgegenzuwirken und die Rechte der Urheber aus Art. 14 GG zu schützen.<sup>428</sup> Insbesondere die gerichtliche Angemessenheitskontrolle ist ein verfassungsrechtlich zulässiges Mittel, um den vom Gesetzgeber erstrebten Interessenausgleich zu erreichen.<sup>429</sup> Im Ergebnis bewirkt die Einführung des Urhebervertragsrechts aber auch keinen Verstoß gegen die – verfassungsrechtlich durch Art. 2 Abs. 1 GG verbürgte – Vertragsfreiheit.<sup>430</sup> Denn: „Privatautonomie ist kein Freibrief für den ökonomisch stärkeren Vertragspartner.“<sup>431</sup>

So ist anerkannt, dass bei einer Störung der Vertragsparität, die im Urheberrecht aus dem strukturellen Ungleichgewicht der Verhandlungsmacht von Rechteinhabern und Verwertern resultieren kann, eine Beschränkung der Privatautonomie zulässig ist.<sup>432</sup> Europarechtlich ist die schwächere Verhandlungsposition der Kreativen bei der Lizenzvergabe und deren davon abgeleitete Schutzbedürftigkeit etwa auch in Erwägungsgrund 72 der DSM-RL explizit genannt. Dieses Argumentationsmuster findet sich unbestritten bei vielen wieder, sodass teilweise von einer „Feststellung, die sich ebenso gebetsmühlenhaft wie unbelegt in vielen vergleichbaren Veröffentlichungen und

---

<sup>426</sup> Vgl. auch Schwarz, ZUM 2015, 466, 467.

<sup>427</sup> Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. L 177 v. 4.7.2008, S. 6.

<sup>428</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Haedicke/Peifer, § 32 Rn. 1.

<sup>429</sup> Vgl. BVerfGE 134, 204 = ZUM 2014, 130 – Übersetzerhonorare; Schricker/Loewenheim/Haedicke/Peifer, § 32 Rn. 1.

<sup>430</sup> So auch Grzeszick, AfP 2002, 383, 390; Ulmer-Eilfort/Obergfell, 1. Teil Kap. D Rn. 7.

<sup>431</sup> Wandtke, ZUM 2014, 585, 587.

<sup>432</sup> BT-Drs. 14/6433, S. 7; vgl. auch statt vieler Ulmer-Eilfort/Obergfell, 1. Teil Kap. D Rn. 8 m. W. N.

Begründungen von Gesetzen, auch in Deutschland, findet“<sup>433</sup> gesprochen wird. Daher ist zu beachten, dass nicht vorschnell von einer solchen Störung ausgegangen werden darf. Auch reicht das strukturelle Ungleichgewicht allein nicht aus.<sup>434</sup> Vielmehr muss im Einzelfall ein Missbrauch seiner überlegenen Verhandlungsmacht durch den Verwerter gegeben sein.<sup>435</sup>

Der in den Bürgschaftsentscheidungen des BVerfG<sup>436</sup> enthaltene Gedanke, dass die Vertragsfreiheit nur bei einem annähernd ausgewogenen Kräfteverhältnis der Partner als Mittel eines angemessenen Interessenausgleichs taugt und der Ausgleich eines strukturellen Ungleichgewichts sowie daraus resultierender gestörter Vertragsparität eine Hauptaufgabe des Zivilrechts ist<sup>437</sup>, ist von Gesetzgeber und Rechtsprechung auch für das Urhebervertragsrecht übernommen worden.<sup>438</sup> Zulässig ist ein regulatorischer Eingriff danach nur, wenn typischerweise ein erhebliches Ungleichgewicht zwischen den Vertragsparteien existiert, wobei dem Gesetzgeber hierbei eine Einschätzungsprärogative zukommt, und der Eingriff der Verhinderung von Fremdbestimmung dient.<sup>439</sup> Grundsätzlich ist also Selbstregulierung durch Verhandlungen zwischen den Parteien beabsichtigt, subsidiär kann aber auch eine gerichtliche Festsetzung erfolgen, die jedoch wiederum der Kontrolle durch die beteiligten Akteure zugänglich sein muss.<sup>440</sup> Dies wird auch als gesetzliches Leitbild zur Stärkung des Instruments der AGB-Verbandsklage gefordert.<sup>441</sup>

## II. Anspruchsgrundlagen (§ 79 Abs. 2a i.V.m. § 32 Abs. 1 UrhG)

§ 79 Abs. 2a (früher § 79 Abs. 2 S. 2) UrhG kann als „Allgemeiner Teil des Interpretenvertragsrechts“ bezeichnet werden.<sup>442</sup> Die Ausgestaltung des Urhebervertragsrechts mit einem allgemeinen und einem besonderen Teil (sogenannte „große Lösung“) hat einen doppelten Nutzen, nämlich zum einen die

---

<sup>433</sup> Czychowski, in: FS Schulze, S. 235, 236.

<sup>434</sup> Vgl. nur *Jani*, S. 228 f.

<sup>435</sup> Vgl. *Grzeszick*, AfP 2002, 383, 390.

<sup>436</sup> BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36; BVerfG NJW 1994, 2749.

<sup>437</sup> *Dietz*, in: FS Schricker 1995, S. 1, 10; *Obergfell/Zurth*, ZGE/IPJ 2016, 1, 3.

<sup>438</sup> BT-Drs. 14/6433, S. 7; BVerfGE 134, 204 = ZUM 2014, 130; in der Literatur zuletzt *Peifer*, ZUM 2019, 648, 650.

<sup>439</sup> Vgl. *Appt*, S. 141; *Ritgen*, JZ 2002, 114, 119 f.

<sup>440</sup> Vgl. *Hoeren*, in: FS Wandtke, S. 159, 163 f.

<sup>441</sup> So etwa *Roos*, S. 313 ff.

<sup>442</sup> *Grünberger*, Rn. 975; *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 79 Rn. 32.



Existenz zwingender<sup>443</sup> Normen statt dispositiven Rechts und zum anderen die Möglichkeit zur Berücksichtigung der Besonderheiten im Bereich des Rechts der ausübenden Künstler.

§ 79 Abs. 2a i.V.m. § 32 Abs. 1 beinhaltet drei verschiedene Anspruchsgrundlagen. Nach § 32 Abs. 1 S. 1 UrhG hat der Urheber für die Einräumung von Nutzungsrechten und die Erlaubnis zur Werknutzung Anspruch auf die vertraglich vereinbarte Vergütung. Die in dieser Vorschrift normierte Aussage scheint eigentlich selbstverständlich.<sup>444</sup> Die Regelung kann mit Blick auf den Grundsatz *pacta sunt servanda* und die Vorschrift des § 241 BGB als obsolet angesehen werden.<sup>445</sup> Ihr kommt insoweit lediglich eine deklaratorische Wirkung zu.<sup>446</sup> Die Klarstellung macht jedoch deutlich, dass nicht – wie ursprünglich geplant<sup>447</sup> – ein zusätzlicher gesetzlicher Vergütungsanspruch für jede Werknutzung besteht.<sup>448</sup> Der Anspruch entsteht bereits mit der Einräumung von Nutzungsrechten oder der Erlaubnis zur Werknutzung, auf die tatsächliche Werknutzung kommt es dagegen nicht an.<sup>449</sup> Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, „gilt“ gemäß § 32 Abs. 1 S. 2 UrhG die angemessene Vergütung als vereinbart. Hierbei handelt es sich also um eine gesetzliche Fiktion, ähnlich wie sie beispielsweise § 632 Abs. 2 BGB im Werkrecht vorsieht. Hierin liegt ein Eingriff in die Privatautonomie, der jedoch durch das strukturelle Ungleichgewicht gerechtfertigt ist.<sup>450</sup>

Soweit die vereinbarte Vergütung nicht angemessen ist, kann der ausübende Künstler nach § 79 Abs. 2a i.V.m. § 32 Abs. 1 S. 3 UrhG von seinem Vertragspartner die Einwilligung in die Änderung des Vertrages verlangen, durch die ihm die angemessene Vergütung gewährt wird. Es handelt sich dabei nach einer Auffassung um einen gesetzlichen Änderungsanspruch.<sup>451</sup> Nach anderer

---

<sup>443</sup> Vgl. auch Ulmer-Eilfort/*Obergfell*, 1. Teil Kap. D Rn. 15 m. w. N., zur international zwingenden Anwendung Rn. 16.

<sup>444</sup> Vgl. nur Fromm/Nordemann/*Czychowski*, § 32 Rn. 12; Ulmer-Eilfort/*Obergfell*, 1. Teil Kap. D Rn. 17; Dreier/*Schulze*, § 32 Rn. 22; Möhring/*Nicolini/Soppe*, § 32 Rn. 9.

<sup>445</sup> So auch Möhring/*Nicolini/Soppe*, § 32 Rn. 9.

<sup>446</sup> Vgl. Schrickler/*Loewenheim/Haedicke/Peifer*, § 32 Rn. 20; Wandtke/*Bullinger/Wandtke/Grunert*, § 32 Rn. 8.

<sup>447</sup> BT-Drs. 14/6433, S. 3.

<sup>448</sup> Vgl. Dreier/*Schulze*, § 32 Rn. 22; Wandtke/*Bullinger/Wandtke/Grunert*, § 32 Rn. 8.

<sup>449</sup> Vgl. Dreier/*Schulze*, § 32 Rn. 11; Wandtke/*Bullinger/Wandtke/Grunert*, § 32 Rn. 8.

<sup>450</sup> BVerfGE 134, 204 = ZUM 2014, 130, 136 – Übersetzerhonorare; in der Literatur zuletzt *Lucas-Schloetter*, GRUR Int. 2018, 430, 431 f.; *Ory*, NJW 2017, 753 f.; *Peifer*, ZUM 2019, 648, 650.

<sup>451</sup> So etwa Fromm/Nordemann/*Czychowski*, § 32 Rn. 16 mit Verweis auf BT-Drs. 14/6433, S. 1 ff.

Auffassung liegt darin ein vertraglicher Anspruch eigener Art.<sup>452</sup> Zudem wird von einem der seltenen gesetzlich vorgeschriebenen Fälle der objektiven Inhaltskontrolle außerhalb des AGB-Rechts gesprochen.<sup>453</sup>

Gemäß § 32 Abs. 4 UrhG haben Tarifverträge gegenüber dem Anspruch aus § 32 Abs. 1 S. 3 UrhG Vorrang. Die unwiderlegliche Vermutung der Angemessenheit von in Tarifverträgen geregelten Vergütungen gilt dabei grundsätzlich nur für von deren persönlichem Anwendungsbereich erfasste, also insbesondere tarifgebundene Personen im Sinne des § 3 Abs. 1 TVG.<sup>454</sup> Die einzelvertragliche Bezugnahme auf eine Tarifregelung soll hierfür nicht ausreichen.<sup>455</sup> Eine tarifvertragliche Regelung kann jedoch auch bei nicht tarifgebundenen Parteien in Einzelfällen die Angemessenheit der Vergütung indizieren.<sup>456</sup> Dies ergibt sich auch aus § 36 Abs. 1 S. 3 UrhG (siehe hierzu sogleich unter III. 1.).

Entsprechend den auch im Interpretenvertragsrecht zu berücksichtigenden Grundsätzen der Privatautonomie und damit der Vertragsfreiheit ist also vorrangig auf die vertragliche Vereinbarung abzustellen. Subsidiär geht das Gesetz von der Fiktion einer angemessenen Vergütung aus. Schließlich hat der ausübende Künstler einen Vertragsanpassungsanspruch. Der absolute Vorrang von Tarifverträgen gilt nur für tarifgebundene ausübende Künstler.

### **III. Angemessenheit der Vergütung (§ 79 Abs. 2a i.V.m. § 32 UrhG)**

Die große Unbekannte im Urhebervertragsrecht liegt in der Bestimmung der Angemessenheit. Die Verwendung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs<sup>457</sup> wurde vielfach kritisiert, vom BVerfG aber für zulässig erachtet.<sup>458</sup> Das Gesetz gibt jedoch ein paar Anhaltspunkte vor, wie dieser unbestimmte Rechtsbegriff

---

<sup>452</sup> So etwa *Erdmann*, GRUR 2002, 923, 925; *Schricker/Loewenheim/Haedicke/Peifer*, § 32 Rn. 2.

<sup>453</sup> *Berger*, ZUM 2003, 173; *Erdmann*, GRUR 2002, 923, 925; *Grzeszick*, AfP 2002, 383, 385; *Ritgen*, JZ 2002, 114, 119.

<sup>454</sup> Vgl. nur *Fromm/Nordemann/Czychowski*, § 32 Rn. 27; *Schricker/Loewenheim/Haedicke/Peifer*, § 32 Rn. 23; *Wandtke/Bullinger/Wandtke/Grunert*, § 32 Rn. 25.

<sup>455</sup> Vgl. etwa *Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch*, § 32 Rn. 15.

<sup>456</sup> Vgl. BGH ZUM-RD 2016, 6, 9 – GVR Tageszeitungen I; AG München ZUM 2010, 545, 546; *Fromm/Nordemann/Czychowski*, § 32 Rn. 27; *Schricker/Loewenheim/Haedicke/Peifer*, § 32 Rn. 23; *Dreier/Schulze*, § 32 Rn. 82 f.; *Wandtke/Bullinger/Wandtke/Grunert*, § 32 Rn. 26.

<sup>457</sup> Zur Konkretisierung vgl. nur *Ohly*, in: *Riesenhuber*, S. 169, 176 ff.

<sup>458</sup> BVerfGE 134, 204 = ZUM 2014, 130 – Übersetzerhonorare; zustimmend *Obergfell/Zurth*, ZGE/IPJ 2016, 1, 9.

auszulegen ist.<sup>459</sup> So bestimmt sich die Angemessenheit der Vergütung nach Tarifverträgen, gemeinsamen Vergütungsregeln oder einer Einzelfallbetrachtung. Dementsprechend sollen im Folgenden sowohl ausgewählte Aspekte des kollektiven Interpretenvertragsrechts (1.) als auch solche des individuellen Interpretenvertragsrechts (2.) untersucht werden. Schließlich sollen auch die Besonderheiten bei Arbeitnehmerkünstlern in den Blick genommen werden (3.).

## **1. Kollektives Interpretenvertragsrecht**

Während § 32 Abs. 1 UrhG den Anspruch auf angemessene Vergütung statuiert, regelt Abs. 2 dieser Vorschrift die Höhe der Vergütung, die sich in erster Linie nach Tarifverträgen und gemeinsamen Vergütungsregeln (im Sinne des § 36 UrhG) bestimmt.<sup>460</sup> So ist nach § 32 Abs. 2 S. 1 UrhG eine nach einer gemeinsamen Vergütungsregel ermittelte Vergütung angemessen. Der bereits erwähnte Vorrang der Tarifverträge kommt auch in § 36 Abs. 1 S. 3 UrhG zum Ausdruck, wonach in Tarifverträgen enthaltene Regelungen gemeinsamen Vergütungsregeln vorgehen. Dieser Vorrang wird jedoch zum Teil kritisch gesehen<sup>461</sup> und seine Streichung gefordert.<sup>462</sup> Das Verhältnis dieser beiden Instrumente zueinander bedarf daher einer gesonderten Betrachtung (siehe hierzu später unter b) (2)). Daraus ergibt sich zudem, dass die in Tarifverträgen getroffenen Regelungen zu einer angemessenen Vergütung auch für nicht tarifgebundene Personen zumindest indiziell gelten sollen, da ansonsten bereits § 32 Abs. 4 UrhG greift und § 36 Abs. 1 S. 3 UrhG somit überflüssig wäre. Im französischen Recht verfügten die ausübenden Künstler etwa bis 1985 nicht über ein eigenes Leistungsschutzrecht, weshalb dort Tarifverträge traditionell eine besondere Bedeutung haben.<sup>463</sup>

Die Abwälzung der Aufgabe der Bestimmung der Angemessenheit auf Kollektivvereinigungen sollte vor allem branchenspezifische Lösungen ermöglichen, getragen von der besonderen Sachkenntnis der zudem auf

---

<sup>459</sup> Siehe hierzu auch *Soppe*, NJW 2018, 729, 730.

<sup>460</sup> Vgl. auch *Wandtke/Bullinger/Wandtke/Grunert*, § 32 Rn. 25.

<sup>461</sup> So etwa *Kasten*, ZUM 2015, 479, 485; vgl. auch *Pech*, ZUM 2015, 474, 475.

<sup>462</sup> *Kasten*, ZUM 2015, 479, 487 f.

<sup>463</sup> Siehe hierzu v. *Lewinski*, in: FS Schrickler 1995, S. 685, 699, 722.

Augenhöhe befindlichen Parteien.<sup>464</sup> Von daher sind im Bereich des kollektiven Interpretenvertragsrechts auch die Unterschiede zwischen Musik- und Filmwirtschaft zu berücksichtigen. So finden sich im Bereich ersterer lediglich einige Tarifverträge (a)), wohingegen letztere zunehmend auch durch gemeinsame Vergütungsregeln i.S.d. § 36 UrhG geprägt ist (b)).

### **a) Tarifverträge**

Im Bereich der klassischen Musik sind insbesondere zwei Tarifverträge von Bedeutung. Zum einen handelt es sich um den zwischen dem Deutschen Bühnenverein als Arbeitgeberverband und der Deutschen Orchestervereinigung (DOV) auf Arbeitnehmerseite abgeschlossenen Tarifvertrag für die Musiker in Kulturorchestern (TVK)<sup>465</sup> und zum anderen um den bereits erwähnten Normalvertrag (NV) Bühne, der neben einem – gleichsam vor die Klammer gezogenen – allgemeinen Teil jeweils besondere Vorschriften für Solomitglieder, Bühnentechniker, Chorsänger und Tänzer enthält. Bereits vor der Neuregelung des künstlerischen Leistungsschutzes in §§ 73 ff. UrhG enthielt der NV Solo von 1993 eine Mitwirkungspflicht bei Rundfunkübertragungen mit einem entsprechenden Vergütungsanspruch neben der Gage.<sup>466</sup>

Nunmehr sieht § 8 sowohl im NV Bühne als auch im TVK umfangreiche Rechteübertragungen bezüglich des Senderechts in den Bereichen Hörfunk und Fernsehen vor. Dies gilt dabei gleichermaßen für Live- sowie für aufgezeichnete Sendungen. Insbesondere ist auch die Ausstrahlung durch ausländische Sender erfasst. Explizit ist neben der klassischen Sendung durch Kabel oder Satellit auch eine entsprechende Verwertung für Online-Dienste vorgesehen, also das Livestreaming. Dies umfasst nicht nur Online-Dienste seitens der Rundfunkveranstalter, sondern etwa auch den Livestream auf der theater-/orchestereigenen Website.<sup>467</sup> Eine entsprechende Einwilligung in den Download wird dagegen nur angenommen, wenn dieser kostenlos ist und weder eine Dauer

---

<sup>464</sup> Vgl. auch *Soppe*, NJW 2018, 729, 730 f.

<sup>465</sup> Tarifvertrag für die Musiker in Kulturorchestern vom 31. Oktober 2009 (TVK), abgedruckt bei *Bolwin/Sponer*, Teil A II 1.1a; Liste der Kulturorchester abrufbar unter <https://www.dov.org/klassikland-deutschland/dov-statistik-planstellen-und-einstufung-der-berufsorchester> (zuletzt abgerufen am 13.12.2020).

<sup>466</sup> Vgl. *Wandtke*, ZUM 1993, 163.

<sup>467</sup> Vgl. *Bolwin/Sponer*, § 8 NV Bühne Rn. 46.

von 15 Minuten noch ein Viertel des Werkes übersteigt. Damit soll keine Erlaubnis für kommerzielle Nutzungen über den klassischen Rundfunk hinaus erfolgen.<sup>468</sup> Sonderregelungen zu einer Vergütung ergeben sich zum einen aus den genannten Tarifverträgen ((1)), zum anderen aus Haustarifverträgen ((2)). Schließlich ist die – wenn auch geringere – Bedeutung von Tarifverträgen im Filmbereich in den Blick zu nehmen ((3)).

### **(1) §§ 59, 68, 80, 93 NV Bühne bzw. § 9 TVK**

„Die elektronische Aufzeichnung des Werkes und die damit verbundene beliebige Wiederholbarkeit können zu einer Gefährdung des Anspruchs des Künstlers auf einen angemessenen Lohn für seine Leistung führen.“<sup>469</sup>

§ 59 NV Bühne enthält daher Regelungen zu einer Sondervergütung. Damit wurde eine vom Grundsatz, dass die Vergütung für die Übertragung der Verwertungsrechte durch die vereinbarte Gage abgegolten ist (siehe hierzu später unter 3. c)), abweichende Regelung getroffen.<sup>470</sup>

Nach § 68 NV Bühne sind Urheber- oder Leistungsschutzrechte für Bühnentechniker mit einem Arbeitsvertrag nach NV Bühne anerkannt, wenn diese eine unmittelbare Verantwortung für das Bühnenbild, das Kostümbild oder das Lichtdesign einer Inszenierung tragen. Entscheidendes Kriterium ist demnach die künstlerische Mitwirkung im Sinne des § 73 UrhG, also ein bestimmender Einfluss bei der künstlerischen Werkinterpretation, weshalb etwa für technische Direktoren, Werkstättenleiter und Bühnenmeister keine Urheber- und Leistungsschutzrechte bestehen.<sup>471</sup> Im Regelfall soll dies auch für Maskenbildner und Tonmeister gelten.<sup>472</sup> Demnach hätte eine Eingruppierung in den NV Bühne noch nicht zwingend die Gewährung eines künstlerischen Leistungsschutzes zur Folge. Wie bereits dargelegt (siehe oben im Kapitel 1 unter I. 2. b)) wäre hier

---

<sup>468</sup> Vgl. *Bolwin/Sponer*, § 8 NV Bühne Rn. 45.

<sup>469</sup> *Nix/Hegemann/Schneider/Otto*, § 59 Rn. 2.

<sup>470</sup> Vgl. auch *Nix/Hegemann/Schneider/Otto*, § 59 Rn. 3 f.; *Wandtke*, Rechte der Urheber und ausübenden Künstler im Arbeits- und Dienstverhältnis, Rn. 453 f.

<sup>471</sup> Vgl. *Nix/Hegemann/Schneider/Engert*, § 68 Rn. 1.

<sup>472</sup> Vgl. *Nix/Hegemann/Schneider/Engert*, § 68 Rn. 1 unter Verweis auf BGH GRUR 1974, 672 = UFITA 71 (1974), 163 – Celestina; BGH NJW 1984, 1110 = GRUR 1983, 22 – Tonmeister.

allerdings ein Gleichlauf zwischen Arbeitsrecht und Urheberrecht zu begrüßen. Für den problematischen Bereich des Berufs des Tontechnikers in seinen verschiedenen Ausprägungen gibt es zahlreiche Einzelfallentscheidungen, etwa zum Tonmeister<sup>473</sup>, Toningenieur<sup>474</sup> und Tonregisseur<sup>475</sup>.

Die Tarifverträge sehen eine Sondervergütung ((a)) sowie teilweise Wiederholungsvergütungen ((b)) vor. Ausnahmen bestehen etwa für Reportagesendungen ((c)) sowie theater- bzw. orchestereigene Zwecke ((d)). Schließlich enthält der NV Bühne eine arbeitsvertragliche Öffnungsklausel ((e)).

### **(a) Sondervergütung**

Für die Einräumung des Senderechts ist nach § 59 Abs. 1 S. 1 NV Bühne bzw. § 9 Abs. 1 S. 1 TVK eine angemessene Sondervergütung zu zahlen. Im Bereich der Orchestermusiker wird diese Sondervergütung gemäß § 9 Abs. 1 S. 2 TVK in einer Vereinbarung mit dem Orchestervorstand festgelegt, die sowohl die Übertragung der Rechte als auch die Höhe der Sondervergütung umfassen kann oder aber es werden mit dem Orchestervorstand zwei gesonderte Vereinbarungen abgeschlossen.<sup>476</sup> Diese Vereinbarungen sind jedoch keine Bedingung für die Nutzung. Ist die Rechteeinräumung von der Mitwirkungspflicht nach § 8 TVK umfasst, kann die Nutzung erfolgen. Die Musiker haben allerdings einen Anspruch auf angemessene Vergütung. Denn auch bei einer Mitwirkungspflicht sind solche Verwertungen außerhalb des betrieblichen Zwecks der Bühne nicht abgegolten, sondern wegen der Generierung zusätzlicher Erträge auch zusätzlich zu vergüten.<sup>477</sup> Bei Tarifgebundenheit beider Seiten folgt der Anspruch direkt aus § 9 Abs. 1 S. 1 TVK. Im Übrigen ist im Einzelfall die Vergleichbarkeit zu prüfen. § 36 Abs. 1 S. 3 UrhG legt wegen § 32 Abs. 4 UrhG wie bereits erwähnt zumindest eine Indizwirkung nahe.

---

<sup>473</sup> OLG Köln, GRUR 1984, 345 – Tonmeister II; OLG Hamburg, ZUM 1995, 52.

<sup>474</sup> OLG Saarbrücken, UFITA 84 (1979), 22 – Toningenieur; OLG Hamburg, UFITA 79 (1977), 331 – Staatstheater.

<sup>475</sup> OLG Hamburg, UFITA 79 (1977), 331 – Staatstheater.

<sup>476</sup> Vgl. *Bolwin/Sponer*, § 9 TVK Rn. 3.

<sup>477</sup> Vgl. *Schricker/Loewenheim/Rojahn/Frank*, § 79 Rn. 113; *Wandtke*, Rechte der Urheber und ausübenden Künstler im Arbeits- und Dienstverhältnis, Rn. 455.

Die Frage der Angemessenheit ist dabei im Einzelfall zu bestimmen und soll insbesondere davon abhängig sein, ob der Arbeitgeber selbst die Sendung vornimmt und ob diese für die Zuschauer kostenlos ist, anderenfalls was zwischen dem Arbeitgeber und dem Sendeunternehmen, etwa einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt, für die Übertragung und Aufzeichnung gezahlt worden ist, sowie von Umfang und Reichweite der beabsichtigten Nutzung.<sup>478</sup> Bei gelegentlichem Streaming – etwa einmal pro Spielzeit – von einem Ton- und/oder Bildtonträger und Abrufbarkeit über einen überschaubaren Zeitraum – etwa 48 Stunden – soll es sich um eine Nutzung zu Werbezwecken handeln, für die keine Vergütung gezahlt werden muss.<sup>479</sup>

Auch für Bühnentechniker gilt, dass die Bestimmung der Angemessenheit im Einzelfall zu erfolgen hat, wobei maßgebliche Kriterien einerseits die Vergütung, welche das Theater seinerseits vom Sender oder Produzenten erhält, andererseits „die künstlerische Prägung, die die Inszenierung durch den Bühnentechniker im Verhältnis zwischen Regie, Bühnen- und Kostümbild, Lichtdesign, solistischen und musikalischen Leistungen etc. erhält“<sup>480</sup>, sind. Die entsprechende Vorschrift für Bühnentechniker ist § 68 NV Bühne. Der einzige Unterschied zu § 59 NV Bühne besteht darin, dass § 68 Abs. 1 S. 1 NV Bühne eine Sondervergütung auf den Fall beschränkt, dass ein Urheber- oder Leistungsschutzrecht besteht. Hierin wird wieder deutlich, dass beim Bühnentechniker eine genaue Abgrenzung der Tätigkeit erfolgen muss. Da ein etwaiges Leistungsschutzrecht allerdings nach § 8 Abs. 5 NV Bühne dem Arbeitgeber zusteht, entsteht beim Bühnentechniker ein solches nur, „wenn es nicht in Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflicht entstanden ist.“<sup>481</sup>

Eine Pauschalierung ist nur bei regelmäßig wiederkehrenden Rundfunkaufzeichnungen, also insbesondere an den großen Häusern sinnvoll.<sup>482</sup> Es handelt sich nicht um ein Arbeitsentgelt, sodass diesbezügliche keine

---

<sup>478</sup> Vgl. *Bolwin/Sponer*, § 59 NV Bühne Rn. 5, § 9 TVK Rn. 4.

<sup>479</sup> Vgl. *Bolwin/Sponer*, § 59 NV Bühne Rn. 5, § 9 TVK Rn. 4.

<sup>480</sup> *Nix/Hegemann/Schneider/Engert*, § 68 Rn. 2.

<sup>481</sup> *Kurz/Kehrl/Nix*, 7. Kap. Rn. 93.

<sup>482</sup> Vgl. *Nix/Hegemann/Schneider/Engert*, § 68 Rn. 3.

Beitragspflicht zur Sozialversicherung besteht.<sup>483</sup> Entsprechend § 80 UrhG können die Ansprüche der Chor- und Tanzgruppenmitglieder nur durch den Vorstand geltend gemacht werden.<sup>484</sup> Ziel dieser Regelung ist es, dem Verwerter Rechtssicherheit zu schaffen, indem verhindert wird, dass ein einzelnes Mitglied die Verwertung der Gesamtleistung boykottiert.<sup>485</sup> Der Anspruch besteht, sobald die Senderechte übertragen wurden, auf die tatsächliche Nutzung kommt es dagegen nicht an.<sup>486</sup>

### **(b) Wiederholungsvergütungen (nur NV Bühne)**

Wiederholungsvergütungen sind nur im NV Bühne vorgesehen. Nach § 59 Abs. 2 sind Wiederholungsvergütungen, auch bei zeitversetzter Verbreitung über Kabel und/oder Satellit, sowie Vergütungen für die Verbreitung der Sendung außerhalb des vertraglich vereinbarten Sendegebiets und Beteiligungen am Erlös aus Verkäufen/Überlassungen der Sendung an ausländische Rundfunkunternehmen in angemessener Höhe zu zahlen. Eine Überschneidung der Tatbestände der Verbreitung durch Satellit und der Ausdehnung des vereinbarten Sendegebiets führt nicht zu einem doppelten Sondervergütungsanspruch.<sup>487</sup>

„Kann mit einem Mitglied eine Gesamt-Sondervergütung für jegliche Nutzung des Senderechts vereinbart werden, in die auch die Wiederholung oder die Ausdehnung des Sendegebiets einbezogen ist, ist dies zwar bei den NV-Bühne-Beschäftigten möglich. Es muss sich aber aus der Vereinbarung ergeben, dass die Ansprüche auch aus Abs. 2 mit der vereinbarten Sondervergütung abgegolten sind. Bei Zahlungen ohne Vereinbarung ist die Zahlung ebenfalls als Zahlung auf die Rechte aus den Abs. 1 und Abs. 2 auszuweisen.“<sup>488</sup>

---

<sup>483</sup> Vgl. Nix/Hegemann/Schneider/Otto, § 59 Rn. 4, 80 Rn. 2 jeweils unter Verweis auf SG Hamburg v. 8.3.2006 – S 10 R 1478/05.

<sup>484</sup> Vgl. Bolwin/Sponer, § 80 NV Bühne Rn. 2, § 93 NV Bühne Rn. 2; Nix/Hegemann/Schneider, § 80 Rn. 5; Nix/Hegemann/Schneider/Benclowitz/Fischer, § 93 Rn. 2.

<sup>485</sup> Vgl. BGHZ 33, 20, 31 = GRUR 1990, 614, 616 – Figaros Hochzeit; Amtl. Begr. BT-Drs. IV/270, S. 94; Nix/Hegemann/Schneider, § 80 Rn. 5; Nix/Hegemann/Schneider/Benclowitz/Fischer, § 93 Rn. 2; Schack, Rn. 670.

<sup>486</sup> Vgl. Nix/Hegemann/Schneider, § 80 Rn. 6 unter Verweis auf AG Dresden, ZUM 2005, 418 ff.

<sup>487</sup> Vgl. Bolwin/Sponer, § 59 NV Bühne Rn. 9.

<sup>488</sup> Bolwin/Sponer, § 59 NV Bühne Rn. 10.



### **(c) Keine Vergütung bei Reportagesendungen**

Nach § 59 Abs. 3 S. 1 NV Bühne bzw. § 9 Abs. 2 S. 1 TVK ist die Mitwirkung bei Reportagesendungen des Hörfunks und des Fernsehens jeweils nicht gesondert zu vergüten. Das gleiche gilt für Chorsänger (§ 80 Abs. 3 S. 1 NV Bühne) und Tänzer (§ 93 Abs. 3 S. 1 NV Bühne). Die urheberrechtliche Verankerung dieser Vorschrift bildet die Schranke des § 50 UrhG (Berichterstattung über Tagesereignisse), die in den Tarifverträgen jeweils eine Konkretisierung erfährt.<sup>489</sup> Es muss sich dabei um eine „Begebenheit mit herausragender Bedeutung“, etwa um eine Premiere handeln.<sup>490</sup> Gemäß § 50 UrhG ist die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe von Werken, die im Verlauf dieser Ereignisse wahrnehmbar werden, dann in einem durch den Zweck gebotenen Umfang zulässig. Eine Verwendung in anderem Zusammenhang, etwa ein Schauspielerporträt, ist ebenso wenig ein Tagesereignis wie üblicherweise eine Probe.<sup>491</sup> Nach S. 2 gilt dies unabhängig von der Zeit, die zwischen der Aufzeichnung bzw. der Livewiedergabe und der Reportagesendung vergangen ist. S. 3 der beiden Vorschriften definiert jeweils die Reportagesendung, die gegeben ist, wenn die Wiedergabezeit sechs Minuten nicht übersteigt und nicht mehr als ein Viertel des Werks wiedergegeben wird. Bezüglich der Länge des Werkes ist auf das aufgeführte Werk abzustellen und die zeitliche Grenze von sechs Minuten ist in Bezug auf das Gesamtkonzert auf der Grundlage der reinen Spielzeit des Konzertes bzw. der Musiktheaterdarbietung zu berechnen, wobei Pausen nicht berücksichtigt werden.<sup>492</sup> Schließlich muss die Wiedergabe der Berichterstattung dienen, was nicht der Fall ist, wenn eine öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt die Wiedergabe zu eigenen Werbezwecken nutzt.<sup>493</sup> Hintergrund der Vergütungsfreiheit kurzer Reportagesendungen ist, dass dort der Werbe- und Imageeffekt für das Theater im Vordergrund steht, welches selbst in der Regel keine Vergütung vom Sender oder Produzenten erhält.<sup>494</sup>

---

<sup>489</sup> Vgl. *Bolwin/Sponer*, § 59 NV Bühne Rn. 11, § 9 TVK Rn. 8; *Kurz/Kehrl/Nix*, 7. Kap. Rn. 92; *Nix/Hegemann/Schneider/Otto*, § 59 Rn. 6.

<sup>490</sup> *Kurz/Kehrl/Nix*, 7. Kap. Rn. 92; 13. Kap. Rn. 104.

<sup>491</sup> Vgl. *Kurz/Kehrl/Nix*, 7. Kap. Rn. 92; 13. Kap. Rn. 104.

<sup>492</sup> Vgl. *Bolwin/Sponer*, § 59 NV Bühne Rn. 13 f., § 9 TVK Rn. 10 f.

<sup>493</sup> Vgl. *Bolwin/Sponer*, § 59 NV Bühne Rn. 15, § 9 TVK Rn. 12.

<sup>494</sup> Vgl. *Nix/Hegemann/Schneider/Engert*, § 68 Rn. 3.

#### **(d) Keine Vergütung bei Verwertung für theater- bzw. orchestereigenen Gebrauch (einschließlich Werbezwecken)**

Nach §§ 59 Abs. 4, 80 Abs. 4, 93 Abs. 4 NV Bühne bzw. § 9 Abs. 3 TVK wird auch keine Sondervergütung bei der Verwertung einer Aufnahme für den theater- bzw. orchestereigenen Gebrauch gezahlt. Dies umfasst ausdrücklich auch die Nutzung als kostenloses oder gegen Schutzgebühr abgegebenes Werbemittel, mit dem zugunsten des Arbeitgebers oder seines Rechtsträgers geworben wird. Der Rechtsträger des Arbeitgebers ist also nicht unbeteiligter Dritter, sodass es beispielsweise erlaubt ist, einen Bild- und/oder Tonträger zu Werbezwecken des Rechtsträgers einzusetzen, wovon auch der Gesellschafter einer GmbH umfasst ist.<sup>495</sup> Der theatereigene Gebrauch umfasst insbesondere die Verwendung von Aufnahmen zu Proben- und Archivzwecken sowie die Liveübertragung in theatereigene Räumlichkeiten, etwa das Foyer.<sup>496</sup> Nicht erfasst ist jedoch die Verwendung durch Hörfunk oder Fernsehen (siehe hierzu bereits oben unter (a)), da der betriebliche Zweck der Bühne ein anderer ist als der des Rundfunks oder Films.<sup>497</sup> Wird der Rahmen des theatereigenen Gebrauchs verlassen, wird eine Sondervergütung fällig.<sup>498</sup> Mit der Vergütung sind die entsprechenden Rechte abgegolten.<sup>499</sup>

#### **(e) Abweichende arbeitsvertragliche Regelung (nur NV Bühne)**

Der NV Bühne enthält (anders als der TVK) zudem eine Öffnungsklausel für vertragliche Vereinbarungen. Die Vorschrift wurde mit Blick auf das im Arbeitsrecht geltende Günstigkeitsprinzip vereinbart, welches arbeitsvertragliche Vereinbarungen ausschließt, die von einem für das Arbeitsverhältnis geltenden Tarifvertrag abweichen und zum Nachteil des Arbeitnehmers sind.<sup>500</sup>

---

<sup>495</sup> Vgl. *Bolwin/Sponer*, § 59 NV Bühne Rn. 17, § 9 TVK Rn. 14.

<sup>496</sup> Vgl. zu diesen innerbetrieblichen Bedürfnissen im Detail *Bolwin*, ZUM 2015, 963 f.; *Nix/Hegemann/Schneider/Engert*, § 68 Rn. 3; *Wandtke*, Rechte der Urheber und ausübenden Künstler im Arbeits- und Dienstverhältnis, Rn. 430.

<sup>497</sup> Vgl. *Schricker/Loewenheim/Rojahn/Frank*, § 79 Rn. 113; *Wandtke*, Rechte der Urheber und ausübenden Künstler im Arbeits- und Dienstverhältnis, Rn. 430.

<sup>498</sup> Vgl. *Wandtke*, ZUM 1993, 163, 167.

<sup>499</sup> Vgl. *Bolwin/Sponer*, § 59 NV Bühne Rn. 18, § 9 TVK Rn. 15.

<sup>500</sup> Vgl. *Bolwin/Sponer*, § 59 NV Bühne Rn. 19.

## **(2) Haustarifverträge: Medienzulage**

Zahlreiche Theater und Orchester haben abweichend von NV Bühne und TVK eigene Haustarifverträge.<sup>501</sup> In einigen dieser Verträge ist eine Medienzulage geregelt, andere enthalten Erweiterungen der Rechteübertragungen ohne zusätzliche Vergütungsregelungen. So enthält etwa der anstelle des NV Bühne für die Ballettmitglieder des Friedrichstadt-Palastes Berlin geltende Haustarifvertrag gegenüber § 8 NV Bühne insofern eine Ergänzung, als gemäß § 9 Abs. 3 das Ballettmitglied dem Arbeitgeber das Recht einräumt, die Vorstellung zeitgleich oder zeitversetzt – auch gegen Entgelt der Nutzer – im Internet zu verbreiten (Streaming) und öffentlich zugänglich zu machen. Die Regelung, wonach bei Online-Angeboten mit Downloadmöglichkeit der Download nur unentgeltlich erfolgen, die Wiedergabedauer 15 Minuten nicht überschreiten und nicht mehr als ein Viertel des Werkes umfassen darf, soll entsprechende Anwendung finden. Hierin ist also eine Klarstellung zu sehen, dass die Rechteübertragung zu Funkzwecken auch für das Livestreaming gilt, selbst wenn es zeitversetzt erfolgt. Der Zeitpunkt muss jedoch im Sinne eines linearen Vorgangs vom Anbieter bestimmt sein. Eine On-Demand-Nutzung, also die Abrufbarkeit zu einer Zeit nach Wahl des Nutzers, darf dagegen nicht erlaubt sein.

Im Haustarifvertrag für den Opernchor der Städtischen Bühnen Frankfurt am Main etwa sind die genannten Beschränkungen bei Online-Angeboten mit Downloadmöglichkeit aufgehoben. Zudem wird die Rechteübertragung für Aufzeichnungen nach § 8 Abs. 2 NV Bühne nicht auf theatereigene Zwecke beschränkt. § 80 NV Bühne wird dafür insofern modifiziert, als das Opernchormitglied für die Rechteeinräumung nach § 8 NV Bühne eine Medienzulage in Höhe von monatlich 148 € erhält, die Bestandteil der Urlaubsvergütung im Sinne von § 37 Abs. 1 Buchst. b NV Bühne ist und einer tarifvertraglichen Anpassung unterliegt. Hier wird also eine Erweiterung der Online-Auswertung künstlerischer Darbietungen gegen ein entsprechendes Entgelt vorgesehen.

---

<sup>501</sup> Jeweils abgedruckt bei *Bolwin/Sponer*, Teil A I 2 bzw. III 6.

Bei den Orchestern gibt es ebenfalls vom TVK abweichende Formulierungen. So erstreckt sich etwa die Mitwirkungspflicht nach § 7 bei Darbietungen für Funkzwecke (Hörfunk und Fernsehen) für die Musiker der Baden-Badener Philharmonie sowie der Neuen Philharmonie Westfalen aus Recklinghausen auf alle Darbietungen, unabhängig von der technischen Form der Verbreitung. Auch hierin ist lediglich eine Klarstellung bezüglich des Live-Streamings zu sehen, wobei explizit auch Wiederholungen miteinbezogen sind. Eine Medienzulage erhalten die Mitglieder des RIAS Kammerchors Berlin (158, 21 €) und des Rundfunkchors Berlin sowie die Musiker des Rundfunk-Sinfonieorchesters Berlin (500 €) und des Frankfurter Opern- und Museumsorchesters (420 €, Anpassung durch Tarifvertrag). Eine deutliche Erweiterung der Rechteeinräumung zur umfassenden Verwertung der Darbietungen findet sich schließlich in § 7 des Tarifvertrags für die Musiker der Staatskapelle Berlin. Insbesondere ist nach dessen Abs. 1 Nr. 3 auch die öffentliche Zugänglichmachung, also das On-Demand-Streaming, erfasst. Eine gesonderte Vergütung hierfür sieht der Tarifvertrag nicht vor. Die Rechteeinräumung ist vielmehr explizit mit der (arbeitsrechtlichen) Vergütung abgegolten.

### **(3) Bedeutung im Filmbereich**

Im Filmbereich sind auch für die ausübenden Künstler insbesondere zwei Tarifverträge relevant, die im Folgenden untersucht werden sollen: der Tarifvertrag für auf Produktionsdauer beschäftigte Film- und Fernsehschaffende ((a)) und der Ergänzungstarifvertrag Kinofilm ((b)).

#### **(a) Tarifvertrag für auf Produktionsdauer beschäftigte Film- und Fernsehschaffende**

Der zwischen der Allianz Deutscher Produzenten auf Arbeitgeberseite und der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di) auf Arbeitnehmerseite abgeschlossene Tarifvertrag für auf Produktionsdauer beschäftigte Film- und Fernsehschaffende (TV FFS) vom 29. Mai 2018<sup>502</sup> gilt seit 1. Januar 2018. Nach Ziff. 1.3 ist er auch auf abhängig beschäftigte darstellende Künstler anwendbar,

---

<sup>502</sup> Abrufbar unter [https://www.produzentenallianz.de/wp-content/uploads/2018/11/TV-FFS\\_2018-Endfassung-180710.pdf](https://www.produzentenallianz.de/wp-content/uploads/2018/11/TV-FFS_2018-Endfassung-180710.pdf) (zuletzt abgerufen am 13.12.2020).

also Schauspieler, Sänger und Tänzer. Für sogenannte Kleindarsteller, „deren darstellerische Mitwirkung die filmische Handlung nicht wesentlich trägt und die ihr kein eigenpersönliches Gepräge gibt“ (Zif. 1.4), sind besondere Regelungen vorgesehen.

Unter Ziff. 3 enthält der Tarifvertrag umfangreiche Rechteeinräumungen. So überträgt der ausübende Künstler gemäß Ziff. 3.1.c. seine Rechte aus § 77 Abs. 1 und 2 Satz 1 sowie § 78 Abs. 1 Nr. 1 und 2 UrhG dem Filmhersteller. Teilweise wird die Frage aufgeworfen, ob es sich dabei zugleich um eine gemeinsame Vergütungsregel handelt.<sup>503</sup> In einem Vorstadium der Verhandlungen war wohl in der Tat ein zweigliedriges Vertragswerk angedacht, welches auch eine gemeinsame Vergütungsregel umfasst und damit auch für nicht tarifgebundene Arbeitnehmer unmittelbar gegolten hätte.<sup>504</sup> Für eine Regelung nur durch Tarifvertrag sprachen dagegen insbesondere die Vorrangregelung in § 32 Abs. 4 UrhG sowie die langjährige Verhandlungspraxis mit ver.di. und eine bestehende Verhandlungskooperation bzw. Tarifpartnerschaft.<sup>505</sup> Für die Beurteilung der Angemessenheit der Vergütung für die Einräumung von Leistungsschutzrechten wird in Ziff. 3.3.2. auf Ziff. 4.2. des Ergänzungstarifvertrages Erlösbeteiligung Kinofilm verwiesen (siehe hierzu sogleich unter (b)). Im Übrigen gelten die §§ 32, 32a, 79 Abs. 2 UrhG.

#### **(b) Ergänzungstarifvertrag Erlösbeteiligung Kinofilm einschließlich Verteilungstarifvertrag**

Der am 1. Januar 2014 in Kraft getretene Ergänzungstarifvertrag Erlösbeteiligung Kinofilm vom 13. Mai 2013<sup>506</sup> gilt zwischen der Allianz Deutscher Produzenten und der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di) sowie dem Bundesverband Schauspiel (BFFS). Er regelt die Beteiligungsansprüche der Filmschaffenden gegenüber den Filmherstellern bei Kinofilmen. Nach Ziff. 2.3 ist dieser Tarifvertrag auch auf ausübende Künstler anwendbar, die im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses bei der Produktion eines Kinofilms eingesetzt

---

<sup>503</sup> Siehe hierzu *Pech*, ZUM 2013, 757, 758.

<sup>504</sup> Vgl. *Pech*, ZUM 2013, 757, 758 f.

<sup>505</sup> Vgl. *Schwarz*, ZUM 2013, 730, 732.

<sup>506</sup> Abrufbar unter [https://www.produzentenallianz.de/wp-content/uploads/2013/05/Ergaenzungstarifvertrag\\_Erloesbeteiligung\\_Kinofilm.pdf](https://www.produzentenallianz.de/wp-content/uploads/2013/05/Ergaenzungstarifvertrag_Erloesbeteiligung_Kinofilm.pdf) (zuletzt abgerufen am 13.12.2020).

werden. Ausgeschlossen sind lediglich einzelne Gewerke nach Ziff. 4.5. Die Parteien sind sich nach Ziff. 1.1. und Ziff. 4.1 nicht einig, ob eine Erlösbeteiligung auch auf § 32 UrhG gestützt werden kann oder ob diese nur den Fairnessausgleich nach § 32a UrhG erfasst. Nach Ziff. 4.3 sind nur Ansprüche gegen den direkten Vertragspartner Gegenstand des Vertrages.

Zentrale Anspruchsgrundlage ist Ziff. 4.4. Danach sieht der Tarifvertrag unabhängig von der tarif- oder einzelvertraglichen Grundvergütung die Zahlung einer Erlösbeteiligung für alle für die Herstellung eines Kinofilmes engagierten ausübenden Künstler und für sämtliche Filmschaffende vor, denen in Bezug auf den jeweiligen Kinofilm Ansprüche aus §§ 32 und 32a UrhG zustehen können.

Die Höhe der Beteiligung beträgt nach Ziff. 5 7,5%, 12,5% oder 15%, je nach Erreichen der in Ziff. 6 definierten Beteiligungsschwellen. Die erste Schwelle ist erreicht, wenn der Filmhersteller aus der Verwertung aller Verwertungsrechte an dem Kinofilm Erlöse erzielt hat, die die näher definierten Herstellungskosten übersteigen. Die zweite Schwelle ist erreicht, wenn darüber hinaus weitere Erlöse in Höhe von 10% der Herstellungskosten des Kinofilms erzielt werden. Die dritte Schwelle ist schließlich erreicht, wenn der Filmhersteller weitere Erlöse in Höhe von weiteren 20% der Herstellungskosten erzielt hat. Nach Ziff. 7.1 sind zur Ermittlung der Beteiligungsschwellen und zur Berechnung der Erlösbeteiligungsansprüche sämtliche Erlöse aus der Verwertung in allen Medien, explizit auch aus Video-on-Demand, heranzuziehen.

Problematisch ist in der Folge vor allem auch die Frage der gerechten Aufteilung des Beteiligungsanspruchs. Hier wird zum Teil vertreten, dass diese am besten im Rahmen eines Verhandlungsprozesses unter Beteiligung möglichst aller Betroffenen erreicht werden kann anstelle durch einen Schlichter oder Richter.<sup>507</sup> Das gilt auch für die sogenannten Altfälle.<sup>508</sup> Zuletzt wurde eine Vereinbarung zur Verteilung ergänzt<sup>509</sup>, die rückwirkend ab 1. Januar 2014 gilt. Nach deren § 1 (3) ist eine zweistufige Verteilung vorgesehen, nämlich in einem ersten Schritt auf die

---

<sup>507</sup> So *Schwarz*, ZUM 2013, 730, 734.

<sup>508</sup> Vgl. hierzu *Maier*, ZUM 2015, 749, 752.

<sup>509</sup> Verteilungstarifvertrag zum Ergänzungs-Tarifvertrag Erlösbeteiligung Kinofilm, abrufbar unter [https://www.produzentenallianz.de/wp-content/uploads/2018/11/2018-04-19\\_Verteilungstarifvertrag\\_zum\\_Ergaenzungs-Tarifvertrag\\_Erloesbeteiligung\\_Kinofilm.pdf](https://www.produzentenallianz.de/wp-content/uploads/2018/11/2018-04-19_Verteilungstarifvertrag_zum_Ergaenzungs-Tarifvertrag_Erloesbeteiligung_Kinofilm.pdf) (zuletzt abgerufen am 13.12.2020).

beteiligten Gewerke („Binnenverteilung“) und in einem zweiten Schritt die Weiterverteilung innerhalb der jeweiligen Gewerke auf die Berechtigten („gewerkinterne Verteilung“). Die Details lassen sich einem komplexen Verteilungsschema in der Anlage entnehmen. Danach entfallen bei der Binnenverteilung 25,10% auf das Gewerk Schauspiel, welches als einziges ausübende Künstler umfasst. Bei der gewerkiternen Verteilung dienen dabei in den Sektionen Filmschauspiel, Stuntschauspiel und Stuntkoordination/-doublen die Anzahl der Drehtage als Basiseinheit, in der Sektion Synchronschauspiel die Anzahl der Takes.

Daneben gibt es einige Alternativvorschläge, die von einem „Parlament der kreativ Beteiligten“ oder einem gemeinsamen Schiedsgericht über die Übernahme vorhandener Verteilungsschlüssel und eine Anlehnung an Verteilmechanismen der Schweizer Filmförderung bis zu einer Aufteilung nach billigem Ermessen durch den Produzenten entsprechend § 315 BGB reichen.<sup>510</sup> Im Filmbereich hält sich die Bedeutung von Tarifverträgen folglich noch in Grenzen.<sup>511</sup>

## **b) Gemeinsame Vergütungsregeln (GVR) i.S.d. § 36 UrhG**

In der Filmwirtschaft ist vielmehr das Instrument der gemeinsamen Vergütungsregeln (GVR) deutlich häufiger anzufinden. Gemäß § 36 Abs. 1 S. 1 UrhG stellen Vereinigungen von Urhebern mit Vereinigungen von Werknutzern oder einzelnen Werknutzern zur Bestimmung der Angemessenheit von Vergütungen nach § 32 gemeinsame Vergütungsregeln auf. Der Gesetzgeber wollte mit diesem Instrument eine Form der Selbstregulierung ermöglichen.<sup>512</sup> Bedenken bezüglich der Vereinbarkeit des Instruments der gemeinsamen Vergütungsregeln mit der Tarifautonomie sind mit Einführung der Regelung des § 36 Abs. 4 UrhG obsolet geworden.<sup>513</sup>

---

<sup>510</sup> Vgl. *Schwarz*, ZUM 2013, 730, 734 f.

<sup>511</sup> So auch *Datta*, S. 208.

<sup>512</sup> Vgl. v. *Becker*, ZUM 2005, 303, 304; *Erdmann*, GRUR 2002, 923, 929; *Wandtke/Leidl*, ZUM 2017, 609, 612.

<sup>513</sup> Vgl. *Ulmer-Eilfort/Obergfell*, 1. Teil Kap. D Rn. 9; kritisch noch *Spindler*, ZUM 2012, 921, 925 ff.; *Tolkmitt*, GRUR 2016, 564, 566 ff.

Nach § 36 Abs. 1 S. 2 UrhG sollen die gemeinsamen Vergütungsregeln die Umstände des jeweiligen Regelungsbereichs berücksichtigen, insbesondere die Struktur und Größe der Verwerter. Gemeinsame Vergütungsregeln, deren Vertragspartner im Unterschied zu den Tarifverträgen nicht die Tarifpartner, sondern jeweils repräsentative Vereinigungen der ausübenden Künstler und der Nutzer sind, indizieren die Angemessenheit.<sup>514</sup> Die Indizwirkung gemeinsamer Vergütungsregeln für Dritte, insbesondere kleinere Marktteilnehmer (Außenseiter), wird für die damit einhergehende Gefahr unpassender Regelungen allerdings auch kritisiert, weshalb für mehr Rechtssicherheit und Rechtsfrieden eine Differenzierung, etwa nach dem Modell des tarifvertraglichen Bereichs, vorgeschlagen wird.<sup>515</sup>

Relevant ist das Instrument insbesondere bei außerhalb eines Arbeitsverhältnisses tätig werdenden Kreativen, also etwa selbständigen Künstlern, da diese nicht Teil einer entsprechende Tarifverträge abschließenden Gewerkschaft sein können.<sup>516</sup> Die Vereinigungen müssen eine mitgliedschaftliche Willensbildung besitzen sowie repräsentativ und unabhängig sein. Letzteres setzt Gegnerfreiheit voraus, was insbesondere bei Verwertungsgesellschaften in der Praxis nur eingeschränkt der Fall ist.<sup>517</sup> So nimmt etwa die GVL neben den Rechten der ausübenden Künstler auch Rechte der Tonträgerhersteller, Videocliphhersteller und Veranstalter wahr und kann mit diesen daher keine allgemeinen Vergütungsregeln abschließen.<sup>518</sup> Die an der Bühne, bei den Orchestern und im Rundfunk bestehenden Tarifverträge gelten gleichzeitig als gemeinsame Vergütungsregeln.<sup>519</sup>

Im Folgenden ist zunächst auf die Bedeutung von gemeinsamen Vergütungsregeln im Filmbereich ((1)) und sodann auf ihr Verhältnis zu den Tarifverträgen ((2)) einzugehen.

---

<sup>514</sup> Vgl. *Dünnwald/Gerlach*, § 79 Rn. 19.

<sup>515</sup> So etwa *Ory*, AfP 2015, 389, 392; *ders.*, ZRP 2015, 241, 243; *ders.*, in: *ders./Cole*, S. 11, 43.

<sup>516</sup> Vgl. auch *Soppe*, NJW 2018, 729, 731.

<sup>517</sup> Vgl. *Dünnwald/Gerlach*, § 79 Rn. 19; *Dreier/Schulze*, § 36 Rn. 26

<sup>518</sup> Vgl. auch *Dünnwald/Gerlach*, § 79 Rn. 19.

<sup>519</sup> Vgl. *Dünnwald/Gerlach*, § 77 Rn. 15, § 78 Rn. 46, § 79 Rn. 19.



## (1) Bedeutung im Filmbereich

Im Filmbereich gibt es einige gemeinsame Vergütungsregeln<sup>520</sup>, so zum Beispiel für den Bereich fiktionaler Kinofilm, für Drehbuchautoren und für Kameraleute bei Kinofilmen, die jedoch bislang die Interpreten ausgeklammert haben. Diese sind das Ergebnis teilweise langwieriger Verhandlungen und manchmal sogar von Gerichtsverfahren, was wiederum die Schwierigkeiten deutlich macht, welche aus der Unbestimmtheit des Begriffs der „Angemessenheit“ resultieren.<sup>521</sup> Im Filmbereich stellt sich zudem das Sonderproblem, dass bis heute nicht klar ist, wer im Einzelfall berechtigt ist und in welchem Verhältnis die Ansprüche der Berechtigten stehen.<sup>522</sup> Zum Teil wird die Ansicht vertreten, dass im Bereich von Film und Fernsehen kein Gefälle der Verhandlungsmacht bestehe, die beteiligten Kreativen, oft mit Unterstützung erfahrener Agenten, vielmehr selbstbewusst verhandeln könnten.<sup>523</sup> Dies kann jedoch nicht überzeugen und ist vom Gesetzgeber auch unter Einhaltung des Grundsatzes der Privatautonomie mit Einführung der vertragsrechtlichen Vorschriften anders entschieden worden. Auch die noch weitergehende Forderung, den Filmherstellern ebenfalls einen Anspruch auf angemessene Vergütung entsprechend §§ 32, 32a UrhG zuzugestehen, an dem über gemeinsame Vergütungsregeln wiederum die Kreativen beteiligt werden könnten<sup>524</sup>, ist insofern abzulehnen.

Die Systematik der bislang aufgestellten gemeinsamen Vergütungsregeln zeigt, dass bei ihrer Aufstellung jeweils bestimmte Branchenbesonderheiten, wie etwa eine relative – prozentuale – Beteiligung für einzelne Kreative oder einheitliche Gruppen von Kreativen, berücksichtigt wurden.<sup>525</sup> Oft wird hierzu auf bereits bestehende Tarifverträge oder in der Branche etablierte Vergütungsmodelle zurückgegriffen, wobei zu berücksichtigen ist, dass die Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln dort einfacher ist, wo ihr Anwendungsbereich persönlich oder sachlich eng umgrenzt ist.<sup>526</sup>

---

<sup>520</sup> Vgl. *Schwarz*, ZUM 2015, 466; für eine Auflistung siehe auch *Leidl*, S. 291 (inklusive Tarifverträgen).

<sup>521</sup> Vgl. nur *Schwarz*, ZUM 2015, 466, 467.

<sup>522</sup> Vgl. *Schwarz*, ZUM 2015, 466, 467.

<sup>523</sup> Vgl. *Schwarz*, ZUM 2015, 466, 467.

<sup>524</sup> Vgl. *Schwarz*, ZUM 2015, 466, 468.

<sup>525</sup> Vgl. *Soppe*, in: Ory/Cole, S. 169, 179 (zum Urheber).

<sup>526</sup> Vgl. *Soppe*, in: Ory/Cole, S. 169, 180.

Im Filmbereich sind in der jüngsten Vergangenheit einige neue gemeinsame Vergütungsregeln abgeschlossen worden.<sup>527</sup> Interpreten sind dabei aber lediglich von den Gemeinsamen Vergütungsregeln Synchron sowie von einer Vereinbarung mit Netflix erfasst, welche beide nur den Anspruch aus § 32a UrhG konkretisieren und daher dort zu behandeln sind (siehe hierzu später unter V. 1. e)).

## **(2) Verhältnis zu Tarifverträgen**

Die Problematik im Filmrecht beruht in erster Linie auf der Komplexität des Netzes der Verwertungsverhältnisse.<sup>528</sup> Ein Problem besteht aber auch in der Frage des Verhältnisses zwischen Tarifverträgen und gemeinsamen Vergütungsregeln. Während erstere zwischen jeweils tarifgebundenen Arbeitnehmern und Arbeitgebern bindend sind, bilden gemeinsame Vergütungsregeln keine eigene Anspruchsgrundlage<sup>529</sup>, stellen aber eine unwiderlegliche Vermutung<sup>530</sup> der Angemessenheit auf und schließen dann entsprechende Ansprüche nach §§ 32, 32a UrhG aus.<sup>531</sup> Der – auf den ersten Blick klare – Wortlaut des § 36 Abs. 1 S. 3 UrhG wirft allerdings die Frage auf, ob der dort statuierte Vorrang von Tarifverträgen gegenüber gemeinsamen Vergütungsregeln generell gilt oder nur für tarifgebundene Personen bzw. soweit die Anwendung des Tarifvertrags individualvertraglich vereinbart wurde.<sup>532</sup>

Grundsätzlich entfaltet ein Tarifvertrag nach § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG seine Wirkung nur für tarifgebundene Personen, die in den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallen. Tarifgebunden sind nach § 3 Abs. 1 TVG die Mitglieder einer Tarifvertragspartei. Tarifvertragspartei sind nach § 2 TVG in erster Linie auf Arbeitnehmerseite Gewerkschaften und auf Arbeitgeberseite Vereinigungen von Arbeitgebern. Aber auch Zusammenschlüsse von Gewerkschaften oder Vereinigungen von Arbeitgebern (sogenannte Spitzenorganisationen) können

---

<sup>527</sup> Etwa Gemeinsame Vergütungsregeln Regie für fiktionale Auftragsproduktionen zwischen Verband deutscher Drehbuchautoren (VDD) und ARD-Anstalten, Degeto sowie Produzentenallianz; Gemeinsame Vergütungsregeln Telenovela zwischen Bundesverband der Film- und Fernsehregisseure (BVR) und ProSiebenSat.1 TV Deutschland; Gemeinsame Vergütungsregeln Filmschnitt zwischen Bundesverband Filmschnitt Editor (BSF) und ProSiebenSat.1 TV Deutschland.

<sup>528</sup> Vgl. nur Höss, ZUM 2015, 741, 742.

<sup>529</sup> Vgl. nur Kromer, AfP 2013, 29, 31.

<sup>530</sup> Kritisch hierzu Ory, ZUM 2017, 457 f.

<sup>531</sup> Vgl. Bergau, ZUM 2013, 725.

<sup>532</sup> Vgl. nur Höss, ZUM 2015, 741, 744; für letzteres Dreier/Schulze, § 36 Rn. 14.

selbst Tarifvertragspartei sein, wenn der Abschluss von Tarifverträgen zu ihren satzungsmäßigen Aufgaben gehört. Dies ist bei den oben untersuchten Tarifverträgen für die Arbeitgeberseite nach der Satzung der Produzentenallianz der Fall.<sup>533</sup> Beim Ergänzungstarifvertrag Erlösbeteiligung Kinofilm ist auf Arbeitnehmerseite neben ver.di der Bundesverband Schauspiel Tarifvertragspartei, welcher ebenfalls den Abschluss von Tarifverträgen zu seinen satzungsmäßigen Aufgaben zählt.<sup>534</sup> Es handelt sich hierbei also um echte Tarifverträge. Fraglich bleibt, ob die dort getroffenen Regelungen auch für nicht tarifgebundene Personen greifen. Nach § 4 Abs. TVG sind abweichende Regelungen zur Wirkung der Tarifnormen zulässig, wenn sie im Tarifvertrag gestattet sind. Der Ergänzungstarifvertrag Erlösbeteiligung Kinofilm sieht unter Ziff. 4.4. seine Geltung explizit auch für nicht tarifgebundene Mitwirkende vor. In diesem Fall greift also der Vorrang der Tarifverträge.

Im Übrigen, also bei fehlender Tarifgebundenheit, ist fraglich, ob der Tarifvertrag wie die gemeinsamen Vergütungsregeln eine unwiderlegliche Vermutung für die Angemessenheit aufstellt oder zumindest eine gewisse Indizfunktion aufweist. Ganz überwiegend wird beides abgelehnt.<sup>535</sup> Wie bereits erwähnt legt § 36 Abs. 1 S. 3 UrhG aber zumindest eine Indizwirkung nahe. Das Problem stellt sich insbesondere bei der Existenz miteinander konkurrierender Regelwerke.<sup>536</sup> So wird insbesondere aus der Branche auch kritisiert, dass die Anforderungen an gemeinsame Vergütungsregeln ungleich höher seien als an Tarifverträge, sodass letztere ohne ersichtlichen Grund privilegiert würden, obwohl Organisationsgrad und Repräsentativität dort niedriger seien als bei den Branchenvereinigungen.<sup>537</sup>

Als mögliche gesetzliche Regelungen zur Stärkung des Instruments der gemeinsamen Vergütungsregeln werden zudem folgende Maßnahmen diskutiert: Sonderbestimmungen für Werkbeiträge, die sich nicht gesondert verwerten lassen, Anreize zum Beitritt in Verhandlungen über gemeinsame Vergütungsregeln bzw.

---

<sup>533</sup> Allianz Deutscher Produzenten – Film und Fernsehen e. V.: Satzung, Beitragsordnung, abrufbar unter <https://www.produzentenallianz.de/wp-content/uploads/2017/07/Produzentenallianz-Satzung-Beitragsordnung-2019.pdf> (zuletzt abgerufen am 13.12.2020), § 2 Ziff. 2.1 Buchst. g) der Satzung.

<sup>534</sup> Siehe § 1 Abs. 3 der Satzung Bundesverband Schauspiel e.V. (BFFS), abrufbar unter <https://www.bffs.de/ueber-uns/satzung/> (zuletzt abgerufen am 13.12.2020).

<sup>535</sup> Vgl. nur Schricker/Loewenheim/Haedicke/Peifer, § 36 Rn. 72 f. m. w. N.

<sup>536</sup> Vgl. Höss, ZUM 2015, 741, 744.

<sup>537</sup> Vgl. Neubauer, ZUM 2013, 716, 718 f.

Schlichtungsverfahren, eine Klarstellung des Verhandlungspartners der Kreativen, der Anreiz, einem Schlichterspruch zuzustimmen in Form der Einrichtung von Schutzmechanismen gegen ein unnötiges bzw. voreiliges Scheitern von Verhandlungen bzw. Schlichtungsverfahren, etwa durch eine gesetzliche Verpflichtung, den Widerspruch gegen einen Einigungsvorschlag der Schlichtungsstelle mit einer ausführlichen Begründung zu versehen sowie ein Anreiz, gemeinsame Vergütungsregeln in Bezug auf spezifische Werke und Verwertungsstrukturen zu schaffen in Gestalt einer neuen Regelung, wonach eine gemeinsame Vergütungsregel außerhalb ihres unmittelbaren Anwendungsbereiches nur Indizwirkung haben kann, wenn im Wesentlichen gleichartige Werke und Nutzungsbedingungen gegeben sind.<sup>538</sup> Da die Tarifhoheit den Tarifvertragsparteien einen wesentlich weiteren Regelungsraum einräumt, insbesondere eine Regelung aller Arbeitsbedingungen einschließlich der angemessenen Entlohnung für die Herstellung eines Werks erlaubt, ist ein Tarifvertrag nach einer Ansicht wesentlich besser geeignet, Leistung und Gegenleistung in einen angemessenen Ausgleich zu bringen.<sup>539</sup>

Das Instrument der gemeinsamen Vergütungsregeln, welches kartellrechtlich – anders als zum Teil behauptet<sup>540</sup> – nicht zu beanstanden ist,<sup>541</sup> bleibt gemäß den Erwägungsgründen 73 und 78 auch nach Erlass der DSM-RL zulässig.<sup>542</sup> Von daher könnte es künftig auch im Interpretenrecht noch zu diesbezüglichen Abschlüssen kommen.

Im Bereich der Urheber enthält die Regelsammlung Bühne<sup>543</sup> zwar ähnliche Regelungen wie gemeinsame Vergütungsregeln, sie ist aber nicht direkt anwendbar, sondern hat lediglich Indizwirkung.<sup>544</sup> Gemäß 10.1 der Regelsammlung Bühne räumt der Verlag dem Theater nach Maßgabe des Aufführungsvertrags das Recht ein, das Bühnenwerk öffentlich bühnenmäßig

---

<sup>538</sup> Vgl. Höss, ZUM 2015, 741, 746 ff.

<sup>539</sup> Döring, ZUM 2015, 725, 730 ff. mit Vorschlag zur internen Verteilung nach der sogenannten Kreativgruppenformel; dagegen Neubauer, ZUM 2011, 753, 757.

<sup>540</sup> Siehe nur Thomas, in: Ory/Cole, S. 47–108.

<sup>541</sup> BGH NZKart 2017, 315; OLG Hamm, ZUM 2018, 788, 791.

<sup>542</sup> So auch Peifer, ZUM 2019, 648, 652 f.

<sup>543</sup> Regelsammlung Verlage (Vertriebe)/Bühnen – Regelsammlung Bühne – RS Bühne vom 1. August 2005, abgedruckt bei Bolwin/Sponer, Teil C I 2.1 sowie bei Vinck/Ehrhardt, in: Rieder/Schütze/Weipert, S. 1130.

<sup>544</sup> Vgl. Ehrhardt, in: FS Schulze, S. 243; Wandtke/Bullinger/Ehrhardt, § 19 Rn. 23;

Schricker/Loewenheim/Haedicke/Peifer, § 36 Rn. 57; Dreier/Schulze, § 36 Rn. 22; weiter dagegen Katzenberger, in: Obergfell, S. 59 f.; offengelassen von Loewenheim/Schlatter, § 72 Rn. 56.

darzustellen (Aufführungsrecht), die bühnenmäßige Darstellung auf Bild- und/oder Tonträger aufzuzeichnen sowie diese Aufzeichnung zu den in dieser Regelsammlung ausdrücklich genannten, theatereigenen Nutzungen zu vervielfältigen (Vervielfältigungsrecht) und die bühnenmäßige Darstellung – drahtgebunden oder drahtlos – nach 10.4, 10.5 und 10.6 öffentlich zugänglich zu machen (Recht der öffentlichen Zugänglichmachung). Dies betrifft zwar ausschließlich Urheberrechte. Im Bereich der Leistungsschutzrechte ausübender Künstler ist dagegen mit den in den untersuchten Tarifverträgen NV Bühne und TVK getroffenen Regelungen eine deutlich bessere Position der ausübenden Künstler verbunden. Auch dies spricht jedoch für eine Indizwirkung der genannten Tarifverträge bei nicht tarifgebundenen Interpreten.

### **c) Zwischenergebnis**

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass den vorhandenen Schwierigkeiten im Bereich des kollektiven Interpretenvertragsrechts mit branchenspezifischen Lösungen begegnet wird. So hat sich im Bereich der klassischen Musik traditionell die Regelung durch Tarifverträge bewährt, welche umfassende Vergütungsansprüche vorsehen, wohingegen sich der Filmbereich mit diesem Instrument immer noch schwer tut. Hier versprechen weitere gemeinsame Vergütungsregeln mehr. Diese sollen auch nach Umsetzung der DSM-RL fortbestehen, wofür jedoch weitere Anreize geschaffen werden müssten. Daneben sollte auch das Verhältnis von Tarifverträgen zu gemeinsamen Vergütungsregeln klargestellt werden. Während erstere grundsätzlich nur bei Tarifgebundenheit gelten, haben gemeinsame Vergütungsregeln einen deutlich weiteren persönlichen Anwendungsbereich, nämlich unabhängig von einer Mitgliedschaft in den die Vergütungsregeln abschließenden Vereinigungen. Der Vorrang von in Tarifverträgen enthaltenen Regelungen in § 36a Abs. 1 S. 3 UrhG greift jedoch bei systematischer Betrachtung im Zusammenhang mit der Vorschrift des § 32 Abs. 4 UrhG auch bei fehlender Tarifgebundenheit. Bei paralleler Existenz beider Instrumente zu einem Vergütungstatbestand wäre daher auch bei fehlender Tarifgebundenheit die tarifvertragliche Regelung, welche in diesem Fall eigentlich nur eine Indizwirkung entfaltet, gegenüber der gemeinsamen Vergütungsregel, welche eine unwiderlegliche Vermutung der Angemessenheit aufstellt, vorrangig.

## 2. Individuelles Interpretenvertragsrecht: Üblichkeit und Redlichkeit

Die Angemessenheit der Vergütung wird wie bereits erwähnt in drei Stufen ermittelt: Auf der ersten Stufe richtet sie sich nach tarifvertraglichen Bestimmungen. Wenn es solche nicht gibt, wird auf etwaige gemeinsame Vergütungsregeln zurückgegriffen. Erst wenn auch diese nicht vorhanden sind, bestimmt sich die angemessene Vergütung nach § 32 Abs. 2 S. 2 UrhG. Danach ist eine Vergütung angemessen, die im Geschäftsverkehr nach Art und Umfang der eingeräumten Nutzungsmöglichkeit, insbesondere nach Dauer, Häufigkeit, Ausmaß und Zeitpunkt der Nutzung, unter Berücksichtigung aller Umstände üblicher- und redlicherweise zu erwarten ist. Die Kriterien der Häufigkeit und des Ausmaßes sind dabei erst mit der Reform von 2016<sup>545</sup> aufgenommen worden.

Es muss also die in der Branche übliche und zudem redliche Vergütung ermittelt werden, was jeweils eine Interessenabwägung im Einzelfall erfordert. Die Branchenüblichkeit ist dabei letztlich empirisch zu ermitteln, wohingegen das Kriterium der Redlichkeit normativer Natur ist.<sup>546</sup> Auf dieser dritten Ebene wird wiederum zweistufig vorgegangen, indem zunächst auf die branchenübliche und redliche Vergütung abzustellen ist, bevor eine richterliche Festsetzung nach billigem Ermessen erfolgt.<sup>547</sup> Der Begriff der „Angemessenheit“ ist dabei in allen drei Konstellationen, also in § 32 Abs. 1 S. 2 und § 32 Abs. 1 S. 3 wie auch in § 32a Abs. 1 S. 1 UrhG (siehe hierzu später unter V. 1. c)) identisch.<sup>548</sup> Es ist mit anderen Worten von einem einheitlichen Angemessenheitsbegriff im Interpretenvertragsrecht auszugehen. Es ist zunächst der Tatbestand mit seinen unbestimmten Rechtsbegriffen in den Blick zu nehmen (a)), bevor die Vertragspraxis zur angemessenen Interpretenvergütung untersucht werden soll (b)). Schließlich sind auch die jüngsten europarechtlichen Vorgaben zu beachten (c)).

---

<sup>545</sup> Ausführlich hierzu *Obergfell/Zurth*, ZGE/IPJ 2016, 1–47; *dies.*, ZGE/IPJ 2017, 21–46.

<sup>546</sup> Vgl. nur *Soppe*, NJW 2018, 729, 731.

<sup>547</sup> Vgl. *Schaub*, S. 100 ff.

<sup>548</sup> Vgl. *Schaub*, S. 98 f. m. w. N. insbesondere auch aus der Rechtsprechung.

## a) Tatbestand: Unbestimmte Rechtsbegriffe

Das große Problem des Tatbestandes aus § 32 Abs. 2 S. 2 UrhG liegt darin, dass mit der „Angemessenheit“, der „Üblichkeit“ und der „Redlichkeit“ gleich drei unbestimmte Rechtsbegriffe herhalten müssen, um zu einer Definition zu gelangen, was naturgemäß nicht unerhebliche Schwierigkeiten mit sich bringt.<sup>549</sup> Dies gilt ebenso für das „billige Ermessen“ im Rahmen der gerichtlichen Festsetzung. Damit bestehen insgesamt vier unbestimmte Rechtsbegriffe, deren Verhältnis zueinander zudem nicht klar ist.<sup>550</sup>

Als Kriterien der Angemessenheit werden zum einen die Auswirkungen der Sekundärverwertung auf die Primärverwertung<sup>551</sup> und zum anderen Intensität und Umfang der Nutzung nach Sendeform, Reichweite der Sendung, konkreter Sendezweck sowie das Mediennutzungsverhalten der Bevölkerung genannt.<sup>552</sup> Das Tatbestandsmerkmal im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bedeutet dabei, dass eine *ex-ante*-Betrachtung erfolgt.<sup>553</sup>

In dem Tatbestandsmerkmal der „Redlichkeit“ liegt dann auf der zweiten Ebene ein weiterer unbestimmter Rechtsbegriff.<sup>554</sup> Bezüglich dieses Merkmals wird teilweise auf die Definition der Verkehrssitte im Rahmen von § 157 BGB zurückgegriffen<sup>555</sup> und teilweise auf § 242 BGB verwiesen.<sup>556</sup> Der Rückgriff auf § 157 BGB erfordert dabei sowohl ein faktisches als auch ein sozialnormatives Element.<sup>557</sup> Die danach zu bestimmende Branchenübung unterliegt ihrerseits der Redlichkeit.<sup>558</sup> Auch die mangels bestehender Branchenübung nach billigem Ermessen festzusetzende Vergütung ist durch eine Interessenabwägung und Wertung auszufüllen, weshalb in der Redlichkeit und der Billigkeit auch nicht

---

<sup>549</sup> Vgl. auch Becker, ZUM 2010, 89; Berger, ZUM 2010, 90; Jacobs, GRUR 2011, 306; Schaub, S. 98; zur Methode der Ermittlung der Angemessenheit siehe etwa Tolkmitt, in: FS Bornkamm, S. 991, 998 ff.

<sup>550</sup> Vgl. Hegener, S. 48, 51.

<sup>551</sup> Vgl. BGH ZUM 2004, 669 – Musikmehrkanaldienst; Dreier/Schulze, § 78 Rn. 14; Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 78 Rn. 61.

<sup>552</sup> Vgl. Wandtke/Bullinger/Büscher, § 78 Rn. 19, 28; Dreier/Schulze, § 78 Rn. 14;

Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, § 78 Rn. 5; Büscher/Dittmer/Schiwy/Pielsticker, Teil 1 Kap. 10 § 78 Rn. 13.

<sup>553</sup> Vgl. BGHZ 182, 337 = ZUM 2010, 48, 50 – Talking to Addison; Dreier/Schulze, § 32 Rn. 44.

<sup>554</sup> Vgl. Schaub, S. 101; zur Konkretisierung siehe etwa Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 14/8058, S. 18.

<sup>555</sup> So etwa Schricker, GRUR Int. 2002, 797, 806; ders./Loewenheim/Haedicke/Peifer, § 32 Rn. 31.

<sup>556</sup> So etwa Wandtke/Bullinger/Wandtke/Grunert, § 32 Rn. 36.

<sup>557</sup> Vgl. Schricker, GRUR Int. 2002, 797, 806.

<sup>558</sup> Vgl. Hucko, S. 159; Schricker, GRUR Int. 2002, 797, 806.

zwei verschiedene Kriterien zu erblicken sind, sondern es sich um zwei Bezeichnungen für ein und dieselbe Generalklausel handelt.<sup>559</sup>

„Vereinendes Merkmal für diese Lesart ist also die zentrale Funktion der Redlichkeit sowohl bei der Korrektur einer Branchenpraxis als auch bei der von einer solchen Praxis losgelösten Ermittlung einer angemessenen Vergütung. Das billige Ermessen hat insoweit keine eigenständige Rolle mehr, sondern kann durch seinen Maßstab der Billigkeit nur zur Ausfüllung der Redlichkeit dienen. Hiernach wäre für die Konkretisierung der Angemessenheit vor allem das Merkmal der Redlichkeit in den Blick zu nehmen, da in dessen Rahmen die Abwägung der Einzelfallumstände erfolgen soll.“<sup>560</sup>

Teilweise wird in dieser Argumentation insofern ein Zirkelschluss gesehen, als bei der Bestimmung der Redlichkeit wiederum auf das Argument der Angemessenheit zurückgegriffen werde.<sup>561</sup> Von daher wird die einzelfallbezogene Bestimmung der Angemessenheit<sup>562</sup> bevorzugt, was allerdings eine gewisse Rechtsunsicherheit zur Folge hat.<sup>563</sup> Es bleibt also festzuhalten, dass eine urheberrechtsspezifische Bestimmung der Angemessenheit zu erfolgen hat, die keinen Rückgriff auf die Grundlagen des allgemeinen Zivilrechts, keine unmittelbare Anknüpfung an die Grundsätze der AGB-Kontrolle und keinen Rückgriff auf die Regeln der Vergütung z. B. im Dienst- oder Werkvertragsrecht (§§ 612, 632 BGB) erlaubt.<sup>564</sup> Besondere Bedeutung kommt der Frage nach der Berechnung der Erträge des VerwerTERS zu.<sup>565</sup>

---

<sup>559</sup> Vgl. *Schricker*, GRUR Int. 2002, 797, 806; *Hegener*, S. 53 f. m. zahlreichen w. N.

<sup>560</sup> *Hegener*, S. 54.

<sup>561</sup> Vgl. *Schaub*, S. 104 f., 112.

<sup>562</sup> Vgl. BGHZ 182, 337 = ZUM 2010, 48, 52 – Talking to Addison; BGH ZUM-RD 2010, 16, 20; Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, § 32 Rn. 40; *Schaub*, S. 106; Dreier/Schulze, § 32 Rn. 43; Möhring/Nicolini/Soppe, § 32 Rn. 61; Wandtke/Bullinger/Wandtke/Grunert, § 32 Rn. 31; a. A. OLG München ZUM 2007, 308, 312; ZUM 2007, 317, 324; ZUM-RD 2007, 166, 175; ZUM-RD 2007, 182, 188; Schricker/Loewenheim/Haedicke/Peifer, § 32 Rn. 29; Mittelweg bei Fromm/Nordemann/Czychowski, § 32 Rn. 38.

<sup>563</sup> Vgl. *Schaub*, S. 113.

<sup>564</sup> Vgl. *Schaub*, S. 112; a. A. etwa *Jani*, S. 137 f.

<sup>565</sup> Vgl. *Berger*, ZUM 2010, 90, 94; Fromm/Nordemann/Czychowski, § 32 Rn. 57 f.; *Schaub*, S. 113; Schricker/Loewenheim/Haedicke/Peifer, § 32 Rn. 33 ff. m. w. N.; Dreier/Schulze, § 32 Rn. 54 ff.; *Schwarz*, ZUM 2010, 107, 111 ff.; Möhring/Nicolini/Soppe, § 32 Rn. 82 ff.



## b) Künstlerverträge

Der Künstlervertrag<sup>566</sup> ist ein Vertrag zwischen einem Tonträgerhersteller<sup>567</sup> und einem Künstler.<sup>568</sup> Für junge Künstler erfolgt der Einstieg in das Musikbusiness meist auf diese Weise.<sup>569</sup> Zur Herstellung der Verteilungsgerechtigkeit ist es erforderlich, dass die Verwertungsgesellschaften willkürfreie Verteilungspläne aufstellen.<sup>570</sup>

Es ist zwischen drei Arten der Exklusivität zu differenzieren: der Exklusivität an den vertragsgegenständlichen Aufnahmen, der persönlichen Exklusivität und der Titelexklusivität.<sup>571</sup> Erstere verhindert, dass der Lizenzgeber die Rechte an den Aufnahmen während der Dauer der vereinbarten Laufzeit anderen einräumt oder diese selbst auswertet.<sup>572</sup> Die persönliche Exklusivität bindet den Künstler für die Dauer des Vertrages ausschließlich an das Label (Wettbewerbsverhinderung).<sup>573</sup> Schließlich wird der Künstler oder Produzent durch die Titelexklusivität daran gehindert, die Aufnahmen auch nach Ende der Vertragslaufzeit noch für eine gewisse Dauer nochmals neu für einen anderen Hersteller aufzunehmen.<sup>574</sup>

Bezüglich der Frage nach der Vereinbarung einer angemessenen Vergütung in einem Künstlervertrag ist zwischen den beiden Modellen der prozentualen Beteiligung beim Künstlerexklusivvertrag ((1)) und der Pauschalvergütung bei der sogenannten Künstlerquittung ((2)) zu unterscheiden.

---

<sup>566</sup> Muster etwa bei *Bießmann/Möllmann/Scheuermann*, in: Moser/Scheuermann/Drücke, S. 699.

<sup>567</sup> Nach *Hertin*, in: Rieder/Schütze/Weipert, S. 818 ist dies nicht zwingend, aber in der Regel der Fall.

<sup>568</sup> Vgl. nur *Dünnwald/Gerlach*, § 77 Rn. 17; *Homann*, Musikrecht, S. 252.

<sup>569</sup> Vgl. *Homann*, Musikrecht, S. 253.

<sup>570</sup> Vgl. nur *Dietz*, in: FS Schrickler 1995, S. 1, 45; *Grandjean*, ZUM 2019, 409, 410.

<sup>571</sup> Vgl. *Bießmann/Möllmann/Scheuermann*, in: Moser/Scheuermann/Drücke, § 60 Rn. 20 ff; *Drücke/Houareau*, S. 69; *Dünnwald/Gerlach*, § 77 Rn. 17; Schrickler/Loewenheim/*Grünberger*, § 79 Rn. 90; *Hertin*, in: Rieder/Schütze/Weipert, S. 824; *Ingendaay*, S. 123 ff.; *Rosbach/Joos*, S. 333, 367 f.; Loewenheim/*Rosbach*, § 69 Rn. 22 ff.

<sup>572</sup> Vgl. *Bießmann/Möllmann/Scheuermann*, in: Moser/Scheuermann/Drücke, § 60 Rn. 20; *Drücke/Houareau*, S. 69; *Dünnwald/Gerlach*, § 77 Rn. 17; *Rosbach/Joos*, S. 333, 367; Loewenheim/*Rosbach*, § 69 Rn. 23; *Schwenzer*, S. 223.

<sup>573</sup> Vgl. *Bießmann/Möllmann/Scheuermann*, in: Moser/Scheuermann/Drücke, § 60 Rn. 21; *Drücke/Houareau*, S. 69; *Dünnwald/Gerlach*, § 77 Rn. 17; *Homann*, Musikrecht, S. 262; *Ingendaay*, S. 123 f.; *Rosbach/Joos*, S. 333, 367; Loewenheim/*Rosbach*, § 69 Rn. 24; Fromm/Nordemann/*Schaefer*, § 79 Rn. 20; *Schwenzer*, S. 224; *Will-Flatau*, S. 19 f.

<sup>574</sup> Vgl. BGH ZUM 2002, 824 – Titelexklusivität; *Bießmann/Möllmann/Scheuermann*, in: Moser/Scheuermann/Drücke, § 60 Rn. 24; *Drücke/Houareau*, S. 69; *Dünnwald/Gerlach*, § 77 Rn. 17; *Homann*, Musikrecht, S. 263; *Ingendaay*, S. 136; *Rosbach/Joos*, S. 333, 368; Loewenheim/*Rosbach*, § 69 Rn. 25; Fromm/Nordemann/*Schaefer*, § 79 Rn. 21; *Schwenzer*, S. 231; *Will-Flatau*, S. 20.

## (1) Künstlerexklusivvertrag

Durch einen Künstlerexklusivvertrag<sup>575</sup>, einen urheberrechtlichen Verwertungsvertrag eigener Art, der verschiedene Elemente des Dienst-, Geschäftsbesorgungs- sowie Kauf- und Pachtvertrages beinhaltet<sup>576</sup>, tritt der Künstler seine Leistungsschutzrechte zum Zwecke der Herstellung und Auswertung der während der Laufzeit des Vertrages hergestellten Aufnahmen exklusiv an ein Tonträgerproduktionsunternehmen ab (umfassende Rechteeinräumung<sup>577</sup>), wird aber an den durch den Vertrieb erzielten Erlösen der Auswertung der Tonträger beteiligt.<sup>578</sup>

Dies erfolgt durch eine Umsatzbeteiligung als Stückzahl Lizenz, wobei der wichtigste Umsatzfaktor zumindest bislang die Tonträgerverkäufe waren.<sup>579</sup> Hierbei wird überwiegend eine prozentuale Beteiligung am Händlerabgabepreis des Tonträgerherstellers, am Nettodetailverkaufspreis oder am (in der Regel die Hälfte von letzterem betragenden) Großhandelspreis vereinbart, wobei sich ersterer am sichersten feststellen lässt und daher der gängigen Praxis entspricht.<sup>580</sup> Die Werte liegen zwischen 5 und 9 % bei Bemessung am Nettodetailverkaufspreis, bei Orientierung am Händlerabgabe- oder Großhandelspreis dürften (bei einer Staffelung nach Absatzhöhe) zwischen 5 (bis 7) und (12 bis) 15 % angemessen sein.<sup>581</sup> Die Online-Auswertung erfolgt dabei in der Regel entsprechend den vereinbarten Lizenzen für physische Tonträger.<sup>582</sup>

---

<sup>575</sup> Muster etwa bei *Hertin*, in: Rieder/Schütze/Weipert, S. 811; für Details zu diesem Vertragstyp siehe *Weiß*, *Künstlerexklusivvertrag*.

<sup>576</sup> Vgl. BGH ZUM 1989, 293, 296 – Künstlerverträge; Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 79 Rn. 83; *Hertin*, in: Rieder/Schütze/Weipert, S. 820; *Homann*, Musikrecht, S. 251; näher *Weiß*, S. 75 f.

<sup>577</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 79 Rn. 85; *Rosbach/Joos*, S. 333, 366 f.

<sup>578</sup> Vgl. *Drücke/Houareau*, S. 66 f., 103; Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 79 Rn. 88; *Hertin*, in: Rieder/Schütze/Weipert, S. 828; *Homann*, Musikrecht, S. 251; *Houareau*, ZUM 2015, 469; *Loewenheim/Rosbach*, § 69 Rn. 12, 30.

<sup>579</sup> Vgl. nur *Ingendaay*, S. 169; *Schwenzer*, S. 259; *Will-Flatau*, S. 24, 54.

<sup>580</sup> Vgl. *Hertin*, in: Rieder/Schütze/Weipert, S. 828; *Loewenheim/Rosbach*, § 69 Rn. 31.

<sup>581</sup> Vgl. *Bießmann/Möllmann/Scheuermann*, in: Moser/Scheuermann/Drücke, § 60 Rn. 34 f.; *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 79 Rn. 88; *Hertin*, in: Rieder/Schütze/Weipert, S. 828; *Ingendaay*, S. 171 m. w. N.

<sup>582</sup> Vgl. *Hertin*, in: Rieder/Schütze/Weipert, S. 828; *Loewenheim/Rosbach*, § 69 Rn. 31.

Ein Abzug für Kosten der Technik ist in diesen Fällen wegen der niedrigen tatsächlich anfallenden Kosten sehr kritisch zu sehen.<sup>583</sup> Beispiele für Verstöße gegen eine angemessene Vergütung in Künstlerexklusivverträgen sind etwa Klauseln, welche die Beteiligung für die wichtigsten Vermarktungsvorgänge auf ein nicht mehr marktgerechtes Niveau reduzieren oder solche, durch die Promotion- und Produktionskosten zumindest teilweise in Abzug gebracht werden.<sup>584</sup> Einige Besonderheiten sind bei einem Tonträgerproduktionsvertrag mit einem großen Orchester zu beachten.<sup>585</sup>

Bei Künstlerexklusivverträgen sind neben der Höhe der Umsatzbeteiligung insbesondere folgende Kriterien relevant: die Preisbasis, die Laufzeit des Vertrages, der Umfang der eingeräumten Rechte (z. B. auch Merchandising, sonstige Nebenrechte), Status des Künstlers und der Plattenfirma (Major oder Independent), Reduktionen und Deduktionen, eigene unterstützende Marketingmaßnahmen des Künstlers (z. B. eigene Werbemaßnahmen auf seiner Website) sowie Verrechenbarkeiten.<sup>586</sup>

## **(2) Künstlerquittung**

Bei der sogenannten Künstlerquittung erfolgt die Rechtsübertragung ohne Exklusivbindungen und in aller Regel ohne prozentuale Beteiligung an den Auswertungserlösen gegen ein Pauschalhonorar (sogenannter Buy-out), was insbesondere gegenüber Studiomusikern, Hintergrund- und Chorsängern sowie Tuttispielern und Begleitmusikern häufig angewendet wird.<sup>587</sup> Im Filmbereich ist dies ebenfalls ein häufig praktiziertes Modell, insbesondere wegen der Vielzahl mit einem untergeordneten Beitrag Beteiligter<sup>588</sup>, wie etwa der

---

<sup>583</sup> So auch *Bießmann/Möllmann/Scheuermann*, in: Moser/Scheuermann/Drücke, § 60 Rn. 32; Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 79 Rn. 88; *Hertin*, in: Rieder/Schütze/Weipert, S. 828; *Ingendaay*, S. 174 f.; *Loewenheim/Rossbach*, § 69 Rn. 35.

<sup>584</sup> Vgl. BGH ZUM 1989, 293 – Künstlerverträge; *Hertin*, in: Rieder/Schütze/Weipert, S. 829; *Loewenheim/Rossbach*, § 69 Rn. 40.

<sup>585</sup> Siehe hierzu *Hertin*, in: Rieder/Schütze/Weipert, S. 838 ff.

<sup>586</sup> Vgl. *Ingendaay*, S. 67 ff.; *Loewenheim/Rossbach*, § 69 Rn. 43; *Fromm/Nordemann/Schaefer*, § 79 Rn. 27 f.

<sup>587</sup> Vgl. *Bießmann/Möllmann/Scheuermann*, in: Moser/Scheuermann/Drücke, § 60 Rn. 6; *Drücke/Houareau*, S. 67 f.; *Dünnwald/Gerlach*, § 77 Rn. 17; Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 79 Rn. 95; *Hertin*, in: Rieder/Schütze/Weipert, S. 819; *Homann*, Musikrecht, S. 253, 285; *Rossbach/Joos*, S. 333, 374 f.; *Loewenheim/Rossbach*, § 69 Rn. 8, 46 f.

<sup>588</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 79 Rn. 95 unter Verweis auf BT-Drs. 14/8058, S. 14; OLG München ZUM 2007, 317, 325.

Synchronsprecher.<sup>589</sup> Eine solche Pauschalvergütung ist aufgrund des sonst unverhältnismäßig hohen Verwaltungsaufwandes und gegebenenfalls übermäßig starker Belastung der Nutzer nicht grundsätzlich unzulässig.<sup>590</sup> Auf der anderen Seite trägt der Verwerter so ein größeres Kalkulationsrisiko, was in Einzelfällen zur Folge haben kann, dass für den Kreativen ein Buy-out-Vertrag sogar günstiger ist.<sup>591</sup>

### c) Europarechtliche Vorgaben

Die DSM-RL spricht wie eingangs erwähnt erstmals auch auf europäischer Ebene urhebervertragsrechtliche Bestimmungen an.<sup>592</sup> Nach Erwägungsgrund 73 sollte die Vergütung der Urheber und ausübenden Künstler „angemessen sein und in einem ausgewogenen Verhältnis zum tatsächlichen oder potenziellen wirtschaftlichen Wert der Rechte, die erteilt oder übertragen wurden, stehen“. Auch eine Pauschalvergütung kann danach in Sonderfällen „unter Berücksichtigung der Besonderheiten jeder Branche“ verhältnismäßig sein<sup>593</sup>, „sollte jedoch nicht die Regel sein“. Insgesamt will die Richtlinie den Mitgliedstaaten eine größtmögliche Freiheit dabei zugestehen, wie sie den Grundsatz der angemessenen und verhältnismäßigen Vergütung „mit verschiedenen bestehenden oder neu eingerichteten Verfahren, die unter anderem Kollektivverhandlungen und andere Verfahren umfassen können“, umsetzen.<sup>594</sup>

Entsprechend finden sich im Richtlinien text im Kapitel 3 (Art. 18 ff.) Vorschriften zur fairen Vergütung in Verwertungsverträgen mit Urhebern und ausübenden Künstlern. Art. 18 statuiert dabei den Grundsatz der angemessenen und verhältnismäßigen Vergütung und gewährt den Mitgliedstaaten insbesondere unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Vertragsfreiheit die Freiheit der Wahl verschiedener Mechanismen. Man könnte auf den Gedanken kommen, dass Art. 18 durch die Aufnahme des Kriteriums der Verhältnismäßigkeit neben der Angemessenheit insoweit über § 32 UrhG hinausgeht. Nachdem in der deutschen

---

<sup>589</sup> Zum Buy-out-Vertrag beim Film siehe auch *Reber*, GRUR 2003, 393, 395.

<sup>590</sup> Vgl. nur *Appt*, S. 90 f., 145 f.; *Hoeren*, in: FS Wandtke, S. 159, 164.

<sup>591</sup> Vgl. *Appt*, S. 71 f.

<sup>592</sup> Vgl. nur *Grandjean*, ZUM 2018, 265, 267; *Lucas-Schloetter*, GRUR Int. 2018, 430, 431; *Obergfell/Zurth*, ZGE/IPJ 2017, 21, 45; *Peifer*, GRUR 2020, 14; *Reber*, GRUR 2019, 891, 896.

<sup>593</sup> So auch LG München I ZUM-RD 2019, 224 228 f.

<sup>594</sup> Zu diesem weiten Umsetzungsspielraum siehe auch *Dreier*, GRUR 2019, 771, 777; *Peifer*, GRUR 2020, 14.

Rechtsprechung jedoch die „prozentuale Beteiligung als Idealfall der angemessenen Vergütung“<sup>595</sup> angesehen wird, ist hier kein Umsetzungsbedarf zu erkennen.<sup>596</sup> Im Gegenteil geht § 32 UrhG, der auch für einfache Nutzungsrechte gilt, diesbezüglich über Art. 18 hinaus, was allerdings, da es sich lediglich um eine Mindestharmonisierung handelt, ebenfalls unschädlich ist.<sup>597</sup>

Allerdings könnte die gesetzliche Normierung einer verhältnismäßigen Beteiligung dennoch im Sinne einer Klarstellung für mehr Rechtssicherheit sorgen. Neben Deutschland hat auch Frankreich eine lange urhebervertragsrechtliche Tradition und fungiert daher ebenfalls als Vorreiter innerhalb der Mitgliedstaaten der Europäischen Union.<sup>598</sup> Das europäische Urheberrecht mit seinen ersten zaghaften Annäherungen an das Urhebervertragsrecht hinkt insoweit dem nationalen Recht hinterher, welches durch die Harmonisierung nicht wieder beschränkt werden sollte.<sup>599</sup> Das französische Recht wiederum kennt einen Grundsatz der verhältnismäßigen Beteiligung des Urhebers an den Erträgen aus der Werkverwertung (*rémunération proportionnelle*)<sup>600</sup>, was auch für das deutsche Recht als adäquate Lösung angesehen wird.<sup>601</sup> Rechtsfolge eines Verstoßes gegen diesen Grundsatz ist die Nichtigkeit des Vertrags.<sup>602</sup> Hoeren betont auch die wirtschaftlichen Vorteile einer solchen verhältnismäßigen Beteiligung für Urheber und Nutzer:

„Urheber werden direkt, d.h. ohne eine möglicherweise riskante gerichtliche Geltendmachung, an dem wirtschaftlichen Erfolg des Werkes beteiligt. Verwerter gewinnen demgegenüber Planungssicherheit und werden von der Gefahr eines unerwartet niedrigen wirtschaftlichen Erfolges zumindest teilweise befreit.“<sup>603</sup>

---

<sup>595</sup> Ory, AfP 2019, 287, 288 zu Recht unter Verweis auf BGHZ 182, 337 = ZUM 2010, 48 – Talking to Addison.

<sup>596</sup> So auch Peifer, ZUM 2019, 648, 651; ders., GRUR 2020, 14, 16; Schulze, GRUR 2019, 682, 684; Stieper, ZUM 2019, 393, 397; Wandtke, NJW 2019, 1841, 1846; siehe auch Stellungnahme der Initiative Urheberrecht zum Diskussionsentwurf des BMJV vom 24.6.2020, abrufbar unter [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/073120\\_Stellungnahme\\_Initiative-Urheberrecht\\_RefE\\_Urheberrecht-II.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/073120_Stellungnahme_Initiative-Urheberrecht_RefE_Urheberrecht-II.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (zuletzt abgerufen am 13.12.2020), S. 11.

<sup>597</sup> Vgl. auch Peifer, GRUR 2020, 14, 16.

<sup>598</sup> Siehe auch Lucas-Schloetter, GRUR Int. 2018, 430, 431.

<sup>599</sup> Vgl. auch Schulze, ZUM 2018, 242 f.

<sup>600</sup> Siehe hierzu Andernach, S. 68 ff.; Lucas-Schloetter, GRUR Int. 2018, 430, 432.

<sup>601</sup> Vgl. bereits Hoeren, ZGE/IPJ 2013, 147, 153 f.

<sup>602</sup> Vgl. Lucas/Lucas-Schloetter/Bernault, Rn. 776 ff.

<sup>603</sup> Hoeren, in: FS Wandtke, S. 159, 164.

Der Anspruch auf verhältnismäßige Beteiligung im französischen Recht (Art. L.131-4. Abs. 1 S. 2) dient der Verhinderung von Pauschalvergütungen und betrifft damit die Art und Weise der Vergütung, nicht deren Höhe.<sup>604</sup> Teilweise wird daher sogar kritisiert, dass in Einzelfällen die Vereinbarung einer Pauschalvergütung günstiger sein kann.<sup>605</sup> Es gibt jedoch Ausnahmen von diesem Grundsatz, die ausdrücklich Pauschalvergütungen zulassen.<sup>606</sup> Diese lassen sich aufgrund der Situationenvielfalt jedoch nur generalklauselartig abgrenzen, weshalb stets die Gefahr einer Aushöhlung des Grundsatzes der verhältnismäßigen Beteiligung bzw. eine Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses droht.<sup>607</sup>

In Umsetzung der DSM-RL sieht § 32 UrhG insofern lediglich klarstellend und dennoch zu begrüßen nunmehr ausdrücklich den Grundsatz einer nutzungsbezogenen Vergütung vor.<sup>608</sup> Abgesichert wird der Anspruch auf angemessene Vergütung durch flankierende gesetzliche Instrumente wie insbesondere die Auskunftsansprüche aus §§ 32d, 32e UrhG und das Verbandsklagerecht gemäß § 36b UrhG (siehe hierzu einschließlich der im Rahmen der Umsetzung der DSM-RL diskutierten Anpassungen später unter V. 2. a) und b)).

### **3. Verhältnis zwischen §§ 32 ff. UrhG und § 43 UrhG**

Abschließend soll noch ein Blick auf das Verhältnis der vertragsrechtlichen Normen zu der Regelung über den Arbeitnehmerkünstler geworfen werden. Hierbei ist nach einer Betrachtung des § 43 UrhG (a)) die Anwendbarkeit des Interpretenvertragsrechts auf den Arbeitnehmerkünstler zu untersuchen (b)), bevor zu der dogmatischen Frage nach dem Unterschied zwischen arbeitsrechtlichem Vergütungsanspruch und dem leistungsschutzrechtlichen Anspruch auf angemessene Vergütung Stellung bezogen werden soll (c)).

---

<sup>604</sup> Vgl. *Hohagen*, in: FS Dietz, S. 81, 83; v. *Lewinski*, in: FS Schricker 1995, S. 685, 693.

<sup>605</sup> So *Lucas*, in: FS Nordemann, S. 539, 549.

<sup>606</sup> Vgl. v. *Lewinski*, in: FS Schricker 1995, S. 685, 695 ff.

<sup>607</sup> Vgl. *Hohagen*, in: FS Dietz, S. 81, 99.

<sup>608</sup> Kritisch hierzu *Soppe*, ZUM 2020, 712 f.

## a) Regelung des § 43 UrhG

Da ein nicht unerheblicher Anteil der Interpreten seine Darbietung in Erfüllung seiner Verpflichtungen aus einem Arbeits- oder Dienstverhältnis erbringt, kommt § 43 UrhG, der über § 79 Abs. 2a UrhG in gleicher Weise wie für die Urheber auch auf die ausübenden Künstler Anwendung findet, in der Praxis eine besondere Bedeutung zu.<sup>609</sup> Nach § 79 Abs. 2a i.V.m. § 43 UrhG sind die Vorschriften des Interpretenvertragsrechts auch anzuwenden, wenn der ausübende Künstler das Werk in Erfüllung seiner Verpflichtungen aus einem Arbeits- oder Dienstverhältnis geschaffen hat, soweit sich aus dem Inhalt oder dem Wesen des Arbeits- oder Dienstverhältnisses nichts anderes ergibt.

„Die Vorschrift besagt zunächst, dass auch – und sogar – für alle Urheber und ausübenden Künstler, die als Arbeit- oder Dienstnehmer tätig sind, grundsätzlich die §§ 31 ff. gelten. Sie ist Ausdruck des dem Urheberrecht und analog dem künstlerischen Leistungsschutz zugrunde liegenden Schöpferprinzips, wonach die Rechte originär stets in der Person des Kreativen entstehen, nicht wie beim US-amerikanischen Prinzip des *work made for hire*<sup>610</sup> in der Person des Arbeitgebers oder Dienstherrn.“<sup>611</sup>

Diese Regelung ist eine im Einzelfall auszulegende Generalklausel.<sup>612</sup> Sie hat insbesondere zwei Voraussetzungen, nämlich dass das Werk zum einen in Erfüllung der arbeitsvertraglichen Verpflichtung und zum anderen während der Dauer des Arbeitsverhältnisses geschaffen wurde.<sup>613</sup> Durch den Lohn des Arbeitnehmers ist grundsätzlich auch die Einräumung von Nutzungsrechten abgegolten (siehe hierzu auch sogleich unter c)).<sup>614</sup>

---

<sup>609</sup> Vgl. nur Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 79 Rn. 3, 98 ff.

<sup>610</sup> Hervorh. durch Verf.

<sup>611</sup> Dünwald/Gerlach, § 79 Rn. 40.

<sup>612</sup> Vgl. Ulmer-Eilfort/Obergfell, 1. Teil Kap. E Rn. 4 m. w. N.

<sup>613</sup> Vgl. Ulmer-Eilfort/Obergfell, 1. Teil Kap. E Rn. 6 ff. m. w. N.

<sup>614</sup> Vgl. BT-Drs. 14/8058, S. 44 und BT-Drs. 14/6433, S. 18; BGH ZUM 2001, 161 – Wetterführungspläne; BGH ZUM 2002, 137 – Wetterführungspläne II; OLG Hamburg GRUR 1977, 556, 558 – Zwischen Marx und Rothschild; Fromm/Nordemann/Czychowski, § 32 Rn. 28; Dreier/Schulze, § 43 Rn. 30; Fromm/Nordemann/A. Nordemann, § 43 Rn. 58; Schricker/Loewenheim/Rojahn/Frank, § 43 Rn. 64; a. A. Wandtke, Rechte der Urheber und ausübenden Künstler im Arbeits- und Dienstverhältnis, Rn. 264 ff.; ders./Bullinger, § 43 Rn. 136 ff. m. w. umfangreichen N.

Zu berücksichtigen ist jedoch, dass § 43 UrhG bezüglich der Dienstverhältnisse auf solche öffentlich-rechtlicher Art beschränkt ist.<sup>615</sup> Er gilt von daher insbesondere für die festangestellten Mitglieder der öffentlich-rechtlich getragenen Theater und Orchester. Selbstständige Künstler dagegen können sich nicht auf die Regelung des § 43 UrhG berufen. Bühnenschaffende ausübende Künstler sind dabei nur bei entsprechender Weisungsgebundenheit als Arbeitnehmer zu qualifizieren.<sup>616</sup>

## **b) Anwendbarkeit von § 32 UrhG auf Arbeitnehmerkünstler**

Es ist allerdings nicht völlig klar, ob die Regelungen des Urhebervertragsrechts und damit auch des Interpretenvertragsrechts auf das Arbeitnehmerurheberrecht Anwendung finden.<sup>617</sup> Teilweise wird eine Anwendbarkeit von § 32 UrhG im Rahmen von § 43 UrhG abgelehnt.<sup>618</sup> Unter Hinweis auf einzelne Formulierungen der Begründung des Regierungsentwurfs bezüglich der Reform von 2016<sup>619</sup> und der entsprechenden Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses<sup>620</sup> wird insbesondere die Auffassung vertreten, „dass die Vergütung für Arbeitnehmerurheber keiner Kontrolle unterliegt, soweit es sich bei den kreativen Leistungen und der Art und Weise ihrer Verwertung um den Regelfall der wirtschaftlichen Tätigkeit des Arbeitgebers handelt.“<sup>621</sup> Dagegen wird die Anwendbarkeit von anderer Seite bejaht.<sup>622</sup> Allerdings ergebe sich im Rahmen des § 43 UrhG eine Modifikation des Vertragsanpassungsanspruchs nach § 32 Abs. 1 S. 3 UrhG „dahingehend, dass eine tatsächliche Vermutung dafür besteht, dass das vereinbarte Arbeitsentgelt der angemessenen Vergütung im Sinne des § 32 Abs. 2 UrhG für die Nutzungsrechtseinräumung an den Arbeitgeber im Rahmen der

---

<sup>615</sup> Vgl. Dreier/Schulze, § 43 Rn. 11; Fromm/Nordemann/A. Nordemann, § 43 Rn. 11; Schricker/Loewenheim/Rojahn/Frank, § 43 Rn. 10; Wandtke/Bullinger, § 43 Rn. 14.

<sup>616</sup> Vgl. nur BAG ZUM 2007, 507.

<sup>617</sup> Vgl. nur Peifer, AfP 2018, 109 f.

<sup>618</sup> So etwa Bayreuther, GRUR 2003, 570, 574; Berger, ZUM 2003, 173; Loewenheim/v. Becker, § 29 Rn. 126; Ory, AfP 2002, 93, 95.

<sup>619</sup> BT-Drs. 18/8625, S. 26, 31.

<sup>620</sup> BT-Drs. 18/10637, S. 21.

<sup>621</sup> Ory, NJW 2017, 753, 756.

<sup>622</sup> So BT-Drs. 14/8058, S. 51 f.; Hertin/Wagner, Rn. 758; Hilty/Peukert, GRUR Int. 2002, 643, 648; Jacobs, NJW 2002, 1905, 1906; Schricker/Loewenheim/Haedicke/Peifer, § 32 Rn. 4 m. w. N.; Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, § 32 Rn. 7; Kuckuk, S. 131 ff. Schack, GRUR 2002, 853, 855; Dreier/Schulze, § 32 Rn. 13; Wandtke, Urheberrecht, 7. Kap. Rn. 26; ders./Bullinger, § 43 Rn. 145; Zirkel, ZUM 2004, 626, 631; ders., WRP 2003, 59 ff.



betrieblichen Zwecke entspricht.“<sup>623</sup> Jedenfalls wird in aller Regel die vorrangige Lösung über die kollektivrechtlichen Instrumente wie Tarifverträge oder gemeinsame Vergütungsregeln einschlägig sein (siehe hierzu bereits oben unter 1.).<sup>624</sup>

In Erwägungsgrund 72 der DSM-RL heißt es, dass das Bedürfnis für einen Schutz durch das in der Richtlinie geregelte europäische Interpretenvertragsrecht nicht bestehe, wenn der Vertragspartner als Endnutzer handelt und die Darbietung selbst nicht verwertet, was etwa im Rahmen bestimmter Arbeitsverträge der Fall sein könne. Daraus wird ersichtlich, dass es jeweils einer genauen Betrachtung des Einzelfalls bedarf und der Vergütungsanspruch aus Art. 18 im Arbeits- und Dienstverhältnis nicht grundsätzlich ausgeschlossen sein soll.<sup>625</sup>

### c) Abgeltungs- versus Trennungstheorie

Hier stellt sich auch die dogmatische Frage nach dem Unterschied zwischen arbeitsrechtlichem Vergütungsanspruch und leistungsschutzrechtlichem Anspruch auf angemessene Vergütung. Die Vertreter der sogenannten Abgeltungstheorie sind der Ansicht, dass mit der (arbeitsrechtlichen) Vergütung auch der leistungsschutzrechtliche Anspruch abgegolten sei, da der Unternehmer das wirtschaftliche Risiko trage und ihm daher der Erfolg zustehen müsse.<sup>626</sup> Ein zusätzlicher Vergütungsanspruch steht dem Arbeitnehmer nach dieser Ansicht nur bei der Nutzung von Pflichtwerken außerhalb des Betriebszwecks oder der Nutzung freier Werke zu.<sup>627</sup>

---

<sup>623</sup> Kuckuk, S. 157 f.

<sup>624</sup> Vgl. nur Hertin/Wagner, Rn. 758.

<sup>625</sup> So auch Schricker/Loewenheim/Haedicke/Peifer, § 32 Rn. 4e; Konertz, ZUM 2020, 929, 935; Wandtke, NJW 2019, 1841, 1847.

<sup>626</sup> Vgl. Bayreuther, GRUR 2003, 570, 572, 574 ff.; Wandtke/Bullinger/Büscher, § 79 Rn. 35; Dreier/Schulze, § 43 Rn. 30, § 79 Rn. 10a; Büscher/Dittmer/Schiwy/Haberstumpf, Kap. 10 § 43 Rn. 15; Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, § 43 Rn. 23; Kraßer, in: FS Schricker 1995, S. 77, 82 f.; Kuckuk, S. 121 f.; Möhring/Nicolini/Lindhorst, § 43 Rn. 22; Fromm/Nordemann/A. Nordemann, § 43 Rn. 58; Schricker/Loewenheim/Rojahn/Frank, § 43 Rn. 64, § 79 Rn. 112; Rehbindner/Peukert, Rn. 961; Schack, Rn. 1121; Ulmer-Eilfort/Obergfell, 1. Teil Kap. E Rn. 15; Ulrici, RdA 2009, 92, 97; Zirkel, S. 101 ff.; ders., ZUM 2004, 626, 630.

<sup>627</sup> Vgl. Bayreuther, GRUR 2003, 570, 577; Dreier/Schulze, § 43 Rn. 31; Fromm/Nordemann/A. Nordemann, § 43 Rn. 61; Schricker/Loewenheim/Rojahn/Frank, § 43 Rn. 66; Schack, Rn. 1121; Stickelbrock, GRUR 2001, 1087, 1091; Ulrici, S. 295; Wandtke/Bullinger, § 43 Rn. 135; Zirkel, WRP 2003, 59, 64.

Dagegen wird von den Vertretern der Trennungstheorie folgendes eingewandt: Der Anspruch auf eine angemessene Vergütung im Arbeits- oder Dienstverhältnis ergebe sich aus der aus Art. 14 Abs. 1 GG abgeleiteten vermögensrechtlichen Zuweisung des Urheberrechts und sei damit ein Anspruch eigener Art, der dogmatisch an §§ 31a, 32, 32a UrhG anknüpfe und unabhängig vom Arbeitsverhältnis als Verpflichtungsgeschäft bestehe.<sup>628</sup> Der Wortlaut des Gesetzes orientiere sich hierbei nicht am Arbeitsaufwand, an der erbrachten Arbeitsleistung oder am sozialrechtlichen Prinzip der Alimentierung nach Bedürftigkeit.<sup>629</sup> Die Abgeltungstheorie verkenne die Wesensverschiedenheit zwischen dem Lohn- und Gehaltsanspruch einerseits und dem urheberrechtlichen Nutzungsentgelt andererseits.<sup>630</sup> Der Arbeitslohn habe auch eine andere Funktion als das Nutzungsentgelt: Während Gegenstand und Maßstab der arbeitsrechtlichen Entlohnung die menschliche Arbeitsleistung innerhalb einer bestimmten Zeiteinheit sei, knüpfe der urheberrechtliche Vergütungsanspruch an die Rechtseinräumung und die Nutzung der Rechte, wodurch er Anreiz zur Innovation sei.<sup>631</sup> Auch die Werkvergütung, etwa bei Honorarverhältnissen, sei mit der angemessenen Vergütung nach § 32 UrhG nicht gleichzusetzen<sup>632</sup>, da zwischen der Herstellung des „Werkes“ (hier nicht im urheberrechtlichen Sinne, sondern die Darbietung als Werkleistung) mit entsprechender Werklohnvergütung nach §§ 631 Abs. 1, 632 BGB und dem urheberrechtlichen Anspruch auf angemessene Vergütung nach § 32 UrhG unterschieden werden müsse.<sup>633</sup>

So sind etwa die Aufnahme einer Theaterinszenierung auf einen Bild- und Tonträger zum Zwecke der Fernsehausstrahlung oder die unmittelbare Übertragung im Hörfunk oder Fernsehen eine Verwertung außerhalb des Zweckes eines Theaterunternehmens. Dies gilt sogar dann, wenn die vorgesehene Rundfunkübertragung tatsächlich nicht stattgefunden hat.<sup>634</sup> Der Arbeitgeber erzielt durch diese Verwertung in der Regel einen zusätzlichen Ertrag, weshalb

---

<sup>628</sup> So insbesondere *Wandtke*, Urheberrecht, 4. Kap. Rn. 157; *ders./Bullinger*, § 43 Rn. 136.

<sup>629</sup> OLG München, ZUM-RD 2007, 166, 177; *Wandtke/Bullinger*, § 43 Rn. 136.

<sup>630</sup> So *Wandtke*, GRUR 1992, 139, 141; *ders.*, Urheberrecht, 4. Kap. Rn. 157; *ders./Bullinger*, § 43 Rn. 136; *ders.*, in: *Riesenhuber/Klöhn*, S. 161; auch *Kuckuk*, S. 122 f.

<sup>631</sup> BAG ZUM 2009, 883, 887 m. Anm. v. *Olenhusen* ZUM 2009, 889; *ders.*, ZUM 2010, 474, 479; *Wandtke*, Urheberrecht, 4. Kap. Rn. 157; *ders./Bullinger*, § 43 Rn. 137; *ders.*, in: *Riesenhuber/Klöhn*, S. 161 f.

<sup>632</sup> So aber *Hertin*, GRUR 2011, 1065, 1067.

<sup>633</sup> So *Wandtke*, Urheberrecht, 4. Kap. Rn. 158; *ders.*, in: *Riesenhuber/Klöhn*, S. 162.

<sup>634</sup> ArbG Dresden, ZUM 2005, 418.

der Arbeitnehmer zu vergüten ist.<sup>635</sup> Anders ist dies nur, wenn die Aufnahme oder Übertragung für die Realisierung der Bühnenszenierung selbst notwendig ist, so zum Beispiel Aufzeichnungen der Orchestermusik, um Ballettproben durchführen zu können oder Aufzeichnungen der schauspielerischen Leistungen während der Probe, um bestimmte Teilstudien bestreiten zu können.<sup>636</sup>

Diese Fälle können unter den Oberbegriff der „theaterinternen Zwecke“ gefasst werden. Darunter fallen nach § 8 Abs. 2 S. 3 NV Bühne auch Werbezwecke seitens des Arbeitgebers. Letztere umfassen wiederum nach § 8 Abs. 2 S. 4 NV Bühne auch die Abgabe von Ton- und/oder Bildträgern sowie Bildtonträgern, sofern sie unentgeltlich oder gegen eine Schutzgebühr erfolgt. Die Rechteeinräumung umfasst jedoch gemäß § 8 Abs. 2 S. 5 NV Bühne nicht die darüber hinausgehenden Nutzungen dieser Träger gegen Entgelt. Nach § 8 Abs. 2 S. 6 NV Bühne finden Abs. 1 S. 2 und 3 entsprechende Anwendung. Das bedeutet, dass die Einwilligung auch die Verwertung für Online-Dienste umfasst (§ 8 Abs. 1 S. 2 NV Bühne) und bei Online-Angeboten mit Downloadmöglichkeit der Download nur unentgeltlich erfolgen, die Wiedergabedauer 15 Minuten nicht überschreiten und nicht mehr als ein Viertel des Werkes umfassen darf (§ 8 Abs. 1 S. 3 NV Bühne). § 8 NV Bühne entspricht § 7 TVK, der die Mitwirkungspflicht für Orchestermusiker regelt. In beiden Bereichen gilt, dass sie eine Ausgestaltung der Übertragungszwecklehre sind:

„Wenn auch unterschiedliche Begriffe für die zweckgebundene Rechteeinräumung festzustellen sind, entspricht dies dem Grundsatz des § 31 Abs. 5 UrhG, der durch den Tarifvertrag die arbeitsrechtlichen Besonderheiten der Theaterproduktion erfasst. Was im Einzelfall theatereigener Zweck oder Gebrauch bedeutet, ist sowohl durch den Bühnenbrauch als spezifisches Regelungsinstrument des Bühnenarbeitsrechts als auch durch die Zweckbestimmung der Leistungsschutzrechte der ausübenden Künstler im Arbeitsverhältnis festzustellen.“<sup>637</sup>

---

<sup>635</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Rojahn/Frank, § 79 Rn. 103, 113.

<sup>636</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Rojahn/Frank, § 79 Rn. 103.

<sup>637</sup> Wandtke, ZUM 2004, 505, 508.

#### 4. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass im kollektivrechtlichen Bereich einige Instrumente bereitstehen, deren Attraktivität jedoch noch gesteigert werden müsste. Die individuelle Festlegung einer angemessenen Vergütung erfolgt ganz überwiegend in Künstlerexklusivverträgen. Im Einzelfall kann aber auch eine Pauschalvergütung wie in den sogenannten Künstlerquittungen zulässig sein. Schließlich ist die Situation ausübender Künstler, welche eine Darbietung im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses erbringen, zu beachten. Hier sollte bei der Umsetzung der urhebervertragsrechtlichen Vorgaben der DSM-Richtlinie eine Klarstellung erfolgen, dass die erforderlichen Anpassungen auch in diesem Bereich Anwendung finden.

#### IV. Defizite der vertraglichen Lösung – Marktversagen

Neben den bereits in den vorangegangenen Abschnitten erörterten Defiziten der interpretenvertragsrechtlichen Instrumente wirft die Lösung über Ausschließlichkeitsrechte mit dem vertraglichen Mechanismus insbesondere im Rahmen neuer Geschäftsmodelle der digitalen Verwertung grundsätzlichere Schwierigkeiten auf, die auf die Marktgegebenheiten zurückzuführen sind.<sup>638</sup> Denn die vertragsrechtliche Lösung kann nur funktionieren, wo sich die Verhandlungspartner auf Augenhöhe begegnen. Das dogmatische Defizit der vertraglichen Lösung besteht zudem darin, dass wegen der Relativität der Schuldverhältnisse kein absoluter Schutz besteht.

„Infolge des sozialen Angewiesenseins des auch selbständigen Werkschöpfers auf die Vergütung besteht zum einen ein Marktversagen, auf das das auf Wettbewerbsbeschränkungen fixierte Kartellrecht nicht angemessen zu reagieren vermag. Zum anderen verspricht das Urheberrecht mit dem Schöpferprinzip (§ 6 UrhG) und dem Schutz der Darbietung der ausübenden Künstler eine besondere Vergütung, ohne dass dieses Versprechen vom Markt notwendig eingelöst werden würde.“<sup>639</sup>

---

<sup>638</sup> Vgl. auch *Calabresi/Melamed*, Harvard Law Review, Vol. 85 (1972), 1089, 1107.

<sup>639</sup> *Drexler*, in: FS Schricker 2005, S. 651, 665.

Die durch das Interpretenvertragsrecht bereitgestellte Marktlösung kann auch scheitern: Durch die Gewährung von Ausschließlichkeitsrechten wird zwar auf erster Stufe ein Marktversagen beseitigt, aber daraus resultiert wiederum ein Marktversagen auf zweiter Stufe.<sup>640</sup> So hat man eine Konzentration der Nutzungsbefugnis beim Rechteinhaber, der die Verbreitung der Werke verhindern kann.<sup>641</sup> Daher wird vertreten, dass die Gewährung eines Ausschließlichkeitsrechts nur dort gerechtfertigt ist, wo es ansonsten zu einem Marktversagen kommt und die Gewährung eines Ausschließlichkeitsrechts nicht selbst zu einem Marktversagen führt.<sup>642</sup>

„Selbst wenn seine Nachfrage mit den Mitteln des Kartellrechts kontrolliert wird, wird ein individuell zugewiesenes Ausschließlichkeitsrecht daher nicht zu einem funktionierenden Markt für entgeltliche Lizenzen führen, wenn der wirtschaftliche Druck zu lizenzieren für den Lizenzgeber größer ist als das wirtschaftliche Interesse des Plattformbetreibers an der individuell zu lizenzierenden Nutzung.“<sup>643</sup>

Zwingende Regeln wie die urheber- und interpretenvertragsrechtlichen Normen der §§ 32, 36 und 36a UrhG können auf dieses Marktversagen aus rechtsökonomischer Perspektive nicht angemessen reagieren und werden daher als wenig schlagkräftig bezeichnet.<sup>644</sup> Das Vertragsrecht könne bezüglich der Frage nach einer Lösung der sozialen Probleme der kreativ Tätigen nicht mehr als eine Missbrauchskontrolle bieten und das Marktversagen in den verschiedenen Kreativbranchen lasse sich durch gesetzliche Mindestvergütungen nicht ausgleichen.<sup>645</sup>

Für Plattformen bedeutet dies, dass „die Gewährung eines Ausschließlichkeitsrechts wie die Gewährung eines gesetzlichen Vergütungsanspruchs also nur bei solchen Plattformen eine Regelungsoption (ist), die ihre Wertschöpfung daraus generieren, dass sie ihren Nutzern Nutzungsmöglichkeiten in einem Ausmaß eröffnen, die ihrer Art nach geeignet

---

<sup>640</sup> Vgl. *Grünberger*, in: ders./Leible, S. 1, 6.

<sup>641</sup> Vgl. *Grünberger*, ZGE/IPJ 2017, 188, 193; *Hofmann*, GRUR 2018, 21, 24.

<sup>642</sup> Vgl. *Stieper*, ZUM 2017, 132, 134, 139.

<sup>643</sup> *Stieper*, ZUM 2017, 132, 135.

<sup>644</sup> Vgl. *Metzger*, in: Obergfell, S. 37, 41 f., 51.

<sup>645</sup> So *Metzger*, in: Obergfell, S. 37, 52.

sind, Angebote der Rechtsinhaber zu substituieren.“<sup>646</sup> Insoweit kann man zwischen inhaltsnahen, konkurrierenden Nutzungen und der komplementären Zurverfügungstellung der notwendigen Infrastruktur differenzieren.<sup>647</sup>

Im Folgenden soll nun anhand transaktionskostenökonomischer (1.), verhaltensökonomischer (2.) und wohlfahrtsökonomischer Überlegungen (3.) gezeigt werden, inwieweit gesetzliche Vergütungsansprüche in bestimmten Fällen der traditionellen Lösung in Form von Exklusivrechten vorzuziehen sind.

## 1. Transaktionskostenökonomik

Die Lösung der Vergütungsfrage über Ausschließlichkeitsrechte hat häufig hohe Transaktionskosten zur Folge<sup>648</sup>, welche insbesondere durch eine verwertungsgesellschaftspflichtige Ausgestaltung reduziert werden können.<sup>649</sup> Fraglich ist jedoch, ob das ausreichend ist. So zeigt auch die ökonomische Analyse des Rechts<sup>650</sup>, dass Ausschließlichkeitsrechte nicht zwingend die Lösung mit dem größten gesamtwirtschaftlichen Nutzen ist (siehe hierzu auch bereits oben im Kapitel 1 unter VI. 2.).

Wie bei öffentlichen Gütern besteht auch bei der Produktion von immateriellen Gütern das Problem einer Unterproduktion, welches nach der Anreiztheorie durch die Gewährung eines (zeitlich beschränkten) Exklusivrechts dahingehend gelöst werden kann, dass die Verteilungsschwierigkeiten effizient beseitigt werden und damit auch der gesamtgesellschaftliche Nutzen gefördert wird.<sup>651</sup> Auch geht es bei der Vermeidung einer Unterproduktion durch fehlende Anreize darum, Trittbrettfahrer auszuschließen.<sup>652</sup> Andere stehen diesem Anreizparadigma kritisch gegenüber.<sup>653</sup> Insbesondere wird die Forderung nach empirischen Analysen zur

---

<sup>646</sup> Stieper, ZUM 2017, 132, 136.

<sup>647</sup> Vgl. Leistner, ZUM 2016, 580, 590.

<sup>648</sup> Vgl. nur Calabresi/Melamed, Harvard Law Review, Vol. 85 (1972), 1089, 1119.

<sup>649</sup> Vgl. nur Hofmann, GRUR 2018, 21, 24.

<sup>650</sup> Siehe hierzu auch Rothkegel, S. 61–84.

<sup>651</sup> Vgl. nur Bechtold, GRUR Int. 2008, 484, 485; Dornis, ZGE/IPJ 2018, 341, 345 f.; Jacob, S. 9 ff.; Kerber, S. 35; Landes/Posner, The Journal of Legal Studies, Vol. 18 (1989), 325, 326; Leistner, ZGE/IPJ 2009, 403, 406 ff.; Schmidt, S. 35; Tolkmitt, S. 22 ff.; Wielsch, S. 13 ff.; ders., in: Grünberger/Leible, S. 61, 67 ff.

<sup>652</sup> Vgl. Schmidt, S. 35; Wielsch, S. 14.

<sup>653</sup> So etwa Engel, in: Ohly/Klippel, S. 19 ff. (Anreiz aus Wettbewerb und Kollusion); Leistner, ZGE/IPJ 2009, 403, 405 ff.

Überprüfung dieser These erhoben.<sup>654</sup> Dieses partielle Marktversagen durch Unternutzung ist insbesondere auf hohe bis prohibitive Transaktionskosten zurückzuführen.<sup>655</sup> Diesem Problem könnte durch gesetzliche Lizenzen begegnet werden.<sup>656</sup> Die relevanten sozialen Kosten umfassen dabei neben den Transaktionskosten im engeren Sinn für Einrichtung, Überwachung und Durchsetzung von Schutzrechten auch die Kosten der Verhinderung der Handlungsmöglichkeiten anderer (*Spill-overs*).<sup>657</sup> Denn das Eigentumsrecht soll positive wie auch negative Externalitäten (etwa durch solche Übertragungseffekte) internalisieren.<sup>658</sup> Die Kopierkosten sind allerdings mittlerweile im Zuge des technologischen Fortschritts nicht mehr höher als die Reproduktionskosten.<sup>659</sup>

Kritisiert wird das Urheberrecht zudem nicht selten wegen seiner Eröffnung von „Möglichkeiten monopolistischer Ausbeutung“<sup>660</sup>. Bei der ökonomischen Analyse des Rechts stehen Fragen der Effizienz im Zentrum der Überlegungen.<sup>661</sup> Nach dem sogenannten „Pareto-Prinzip“ ist dieser Zustand einer Allokationseffizienz erreicht, wenn kein Individuum der Gesellschaft besser gestellt werden kann, ohne dass ein anderes Individuum schlechter gestellt wird.<sup>662</sup> Dieses ist jedoch nicht sehr wirklichkeitsnah.<sup>663</sup> Auch die Annahme, dass Transaktionskosten gleich null sein können, wodurch eine vermeintlich ineffiziente Allokation doch effizient sein kann, ist realitätsfremd („Coase-Theorem“).<sup>664</sup>

## 2. Verhaltensökonomik

Ausgangspunkt der Verhaltensökonomik ist der *homo oeconomicus*, welcher auf der Grundlage einer Kosten-Nutzen-Rechnung seinen Gewinn bzw. Nutzen stets

---

<sup>654</sup> Vgl. nur Bechtold, GRUR Int. 2008, 484, 487; Leistner, ZGE/IPJ 2009, 403, 444 ff., 449 ff.; betreffend das Urhebervertragsrecht generell auch Ory, ZRP 2015, 241; Soppe, NJW 2018, 729, 730.

<sup>655</sup> Vgl. nur Grünberger, in: ders./Leible, S. 1, 11; Hansen/Schmidt-Bischoffshausen, GRUR Int. 2007, 461, 470 f.; Klass, ZUM 2013, 1, 3; Ohly, in: Riesenhuber, S. 169, 173.

<sup>656</sup> Vgl. Ohly, in: Riesenhuber, S. 169, 173; Tolkmitt, S. 28 ff.

<sup>657</sup> Vgl. Wielsch, S. 24 f.; ders., in: Grünberger/Leible, S. 61, 68.

<sup>658</sup> Vgl. Schmidt, S. 11 f.; Wielsch, S. 19.

<sup>659</sup> Vgl. Bisges, ZUM 2014, 930, 934; Schmidt, S. 96 f.

<sup>660</sup> Bisges, ZUM 2014, 930.

<sup>661</sup> Vgl. Bisges, ZUM 2014, 930; Schmidt, S. 11.

<sup>662</sup> Vgl. Calabresi/Melamed, Harvard Law Review, Vol. 85 (1972), 1089, 1093 f.; Reich, S. 42.

<sup>663</sup> So etwa Reich, S. 43.

<sup>664</sup> Siehe hierzu Coase, The Journal of Law & Economics, Vol. 3 (1960), S. 1, 15 ff.

zu maximieren sucht; für den Kreativen bedeutet dies, dass er Werke schafft und Verwertern entsprechende Lizenzen einräumt, wenn der erwartete Nutzen, etwa durch die Lizenzeinnahmen, höher ist als die Kosten des Werkschaffens.<sup>665</sup> Dies gilt gleichermaßen für die Darbietungen ausübender Künstler.

Der Nutzen aus Sicht des Kreativen muss dabei nicht nur in monetären Gewinnen, sondern kann durchaus auch in immateriellen Werten, wie etwa Prestige oder der Gunst von Mäzenen, liegen; aufseiten der Verwerter und Nutzer besteht der Nutzen in dem, was durch die Nutzung eines Urheberrechts erwirtschaftet werden kann bzw. im Werkgenuss in Form von geistiger Erbauung, Unterhaltung und ähnlichem.<sup>666</sup>

### 3. Wohlfahrtsökonomik

Fraglich ist, ob die Gewährung von Urheber- und damit auch von Leistungsschutzrechten eine Gesellschaft effizienter macht, also positive wohlfahrtsökonomische Auswirkungen hat.<sup>667</sup> Wohlfahrt kann dabei als Funktion der Anzahl kreativer Werke (= Anzahl aller vergleichbaren und konkurrierenden Werke kreativen Werke in einem bestimmten Marktplatz), der kombinierten Konsumenten- und Produzentenwohlfahrt (= Wohlfahrt beider Gruppen ohne Abzug der Kosten für schöpferische Tätigkeit) und der Kosten der schöpferischen Tätigkeit (= Kosten tatsächlicher Kreativität, nicht reine Kosten der Reproduktion kreativer Werke) beschrieben werden.<sup>668</sup> Das Kreativitätsniveau und die Kosten der schöpferischen Tätigkeit können jeweils als Funktion des Schutzniveaus beschrieben werden, Konsumenten- und Produzentenwohlfahrt hängen dabei sowohl vom Kreativitätsniveau als auch vom Schutzniveau ab.<sup>669</sup>

Die Auswirkungen des Schutzniveaus auf die Gesamtwohlfahrt können wie folgt beschrieben werden: Bei einem Schutzniveau von Null fehlt es unter der Prämisse rationalen Handelns für den Schöpfer an Anreizen, infolgedessen auch das

---

<sup>665</sup> Vgl. nur *Bisges*, ZUM 2014, 930; *Dornis*, ZGE/IPJ 2018, 341, 344.

<sup>666</sup> Vgl. *Bisges*, ZUM 2014, 930, 931.

<sup>667</sup> Vgl. *Bisges*, ZUM 2014, 930, 932.

<sup>668</sup> Vgl. *Dornis*, ZGE/IPJ 2018, 341, 350; *Landes/Posner*, The Journal of Legal Studies, Vol. 18 (1989), 325, 341.

<sup>669</sup> Vgl. *Dornis*, ZGE/IPJ 2018, 341, 350.



Kreativitätsniveau bei Null bleibt, also ein Zustand absoluten Marktversagens vorliegt.<sup>670</sup> Bei einem maximalen Schutzniveau dagegen ist auch die Produzentenrente maximal, weshalb zunächst Anreize für kreatives Schaffen entstehen; durch die zunehmende Schutzgewährung sinkt jedoch der Anteil gemeinfreier Werke kontinuierlich, wodurch die Schöpfungskosten steigen, was die Anreize wiederum erstickt, und ebenfalls zum Marktversagen führt.<sup>671</sup> Der ideale Punkt für ein Maximum an Kreativität und eine Erhöhung der Gesamtwohlfahrt liegt daher zwischen diesen beiden Extremen, unmittelbar bevor die Grenzkosten neuer Marktteilnehmer ihre erzielbaren Grenzerträge überschreiten.<sup>672</sup>

Das Problem bei geistigen Schöpfungen besteht in ihrer Ubiquität oder Omnipräsenz. Das bedeutet, dass der Urheber, sobald er ein geistiges Werk einmal der Öffentlichkeit zugänglich gemacht hat, etwa im Internet, keine faktische Herrschaft darüber mehr ausüben kann.<sup>673</sup> Dies gilt natürlich ebenso für Interpreten. Das Urheberrecht ist „zugleich Motor, wie auch Bremse einer allgemein wohlstandserhöhenden Schaffens- und Verwertungsindustrie“ und hat also die Aufgabe, die richtige Balance zwischen Zugangsbeschränkung und Schaffensanreizen zu finden.<sup>674</sup>

Gefordert wird angesichts dieser Legitimationskrise<sup>675</sup> „die Neukonzeption eines realitätsnäheren und flexibleren ökonomisch fundierten Systems“<sup>676</sup>. Fraglich ist auch, ob Preisdiskriminierung oder technische Schutzmaßnahmen (etwa des digitalen Rechtemanagements) als Lösung dienen können.<sup>677</sup> Insbesondere der technologische Wandel, gesellschaftliche und ökonomische Veränderungen sowie Entwicklungen in anderen Rechtsbereichen sind wichtige Einflussfaktoren, die eine Reaktion erfordern.<sup>678</sup> Aber auch die zunehmend starre Vereinheitlichung des

---

<sup>670</sup> Vgl. Dornis, ZGE/IPJ 2018, 341, 350 f.

<sup>671</sup> Siehe bereits Landes/Posner, The Journal of Legal Studies, Vol. 18 (1989), 325, 326, 335; zuletzt etwa Dornis, ZGE/IPJ 2018, 341, 351; Peifer, ZUM 2019, 648, 649; Suwelack, S. 67 ff.

<sup>672</sup> Vgl. Dornis, ZGE/IPJ 2018, 341, 351 f.

<sup>673</sup> Vgl. Bisges, ZUM 2014, 930, 933.

<sup>674</sup> Bisges, ZUM 2014, 930, 936.

<sup>675</sup> Zu diesem Begriff siehe auch Wielsch, S. 61.

<sup>676</sup> Dornis, ZGE/IPJ 2018, 341, 348.

<sup>677</sup> Vgl. Dornis, ZGE/IPJ 2018, 341, 353, 355, 359.

<sup>678</sup> Vgl. Dornis, ZGE/IPJ 2018, 341, 358.

europäischen Rechts steht einer flexiblen Anpassung im Wege.<sup>679</sup> Von daher scheint ein Mittelweg zwischen Standardisierung (Vorbeugung von *chilling effects*) und Flexibilität angebracht zu sein.<sup>680</sup> Ein Vorschlag besteht in dem Konzept der sogenannten Zugangsregeln, welche als abstrakter Oberbegriff sowohl gesetzliche Regelungen, etwa im Bereich der Schranken, als auch richter- sowie vertragsrechtliche Rechtsfortbildung umfassen.<sup>681</sup>

#### **4. Zusammenfassung**

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass unter den Bedingungen des Technologiezeitalters insbesondere aufgrund prohibitiver Transaktionskosten Marktlösungen an ihre Grenzen kommen. Hier sind gesetzliche, durch Verwertungsgesellschaften geltend zu machende Vergütungsansprüche sinnvoller, um Massennutzungen zu erleichtern und zugleich eine angemessene Beteiligung der Kreativen zu sichern. Aus verhaltensökonomischer Sicht muss dem Kreativen ein Nutzen – nicht nur, aber auch monetärer Natur, sei es als Ausschließlichkeitsrecht oder gesetzlicher Vergütungsanspruch – als Anreiz gewährt werden. Diese Anreize sind auch mit Blick auf die Gesamtwohlfahrt erforderlich, wobei es einer genauen Abwägung bedarf. Wenn ein bestimmtes Schutzniveau überschritten wird, kann dies eine gegenteilige Situation und damit wiederum ein Marktversagen zur Folge haben.

#### **V. Gesetzliche Instrumente zur Stärkung der vertraglichen Ansprüche**

Das Interpretenvertragsrecht sieht jedoch bereits einige gesetzliche Instrumente vor, die dem vertraglichen Anspruch zu einer besseren Geltung verhelfen und damit die angemessene Vergütung der ausübenden Künstler sichern sollen. Zum einen handelt es sich analog zur Situation bei den Urhebern um den Anspruch auf weitere angemessene Beteiligung (1.). Daneben sind die zur Durchsetzung der vertraglichen Ansprüche diese flankierenden Maßnahmen, bestehend aus Auskunftsansprüchen, Verbandsklagerecht und dem Vergütungsanspruch des ausübenden Künstlers gegen den Tonträgerhersteller gemäß § 79a UrhG, in den

---

<sup>679</sup> Vgl. Dornis, ZGE/IPJ 2018, 341, 363.

<sup>680</sup> Vgl. Leistner, ZGE/IPJ 2009, 403, 430 ff.

<sup>681</sup> Zu diesem Konzept Wielsch, Zugangsregeln, Tübingen 2008; ders., in: Grünberger/Leible, S. 61, 93 ff.

Blick zu nehmen (2.). Schließlich verfügen auch die Interpreten nunmehr über einen Vergütungsanspruch für später bekannte Nutzungsarten (3.).

### **1. Weitere angemessene Beteiligung (§ 79 Abs. 2a i.V.m. § 32a Abs. 1 UrhG)**

Um die Wirkungen von § 32a UrhG untersuchen zu können, ist zunächst ein kurzer Blick auf seine Funktion und Rechtsnatur vonnöten (a)), bevor das Verhältnis zu anderen Vorschriften (b)) und der Tatbestand, auch mit Blick auf möglichen Umsetzungsbedarf durch die DSM-RL (c)) genauer betrachtet werden sollen. Gegenstand der Untersuchung sind daraufhin aktuelle Anwendungsfälle aus der Rechtsprechung zu den Bereichen Film und Musik (d)) sowie die bereits angesprochenen gemeinsamen Vergütungsregeln in diesem Bereich (e)).

#### **a) Funktion und Rechtsnatur**

Der durch das Urhebervertragsgesetz von 2002 geschaffene und auch gleich in die Verweisungsnorm des damaligen § 79 Abs. 2 S. 2 UrhG für die ausübenden Künstler aufgenommene § 32a UrhG beinhaltet einen Fairnessausgleich und knüpft damit an den früheren sogenannten Bestsellerparagrafen des § 36a UrhG a. F. an.<sup>682</sup> Dieser war allerdings noch nicht auf ausübende Künstler anwendbar.<sup>683</sup> Daher war bei einem entsprechenden Missverhältnis im Vertragsverhältnis zwischen Musiker und Produzent lediglich eine Prüfung anhand der Maßstäbe der Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB möglich.<sup>684</sup> Da hierfür jedoch die gleichen Kriterien angewandt wurden, kann man auch bereits zu dieser Zeit von einer gewissen „Angleichung des künstlerischen Leistungsschutzes an das Urheberrecht“<sup>685</sup> sprechen.

Nach dem früher erforderlichen „groben“ Missverhältnis wird nun ein „auffälliges“ Missverhältnis als ausreichend angesehen. Damit sind die

---

<sup>682</sup> Vgl. Fromm/Nordemann/Czychowski, § 32a Rn. 2; Büscher/Dittmer/Schiwy/Haberstumpf, Teil 1 Kap. 10 § 32a Rn. 1; Schricker/Loewenheim/Haedicke/Peifer, § 32a Rn. 1; Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, § 32a Rn. 1; Ulmer-Eilfort/Obergfell, 1. Teil Kap. D Rn. 66; Dreier/Schulze, § 32a Rn. 1;

Wandtke/Bullinger/Wandtke/Grunert, § 32a Rn. 1.

<sup>683</sup> Vgl. Büscher/Dittmer/Schiwy/Haberstumpf, Teil 1 Kap. 10 § 32a Rn. 3;

Schricker/Loewenheim/Haedicke/Peifer, § 32a Rn. 3.

<sup>684</sup> Vgl. BGH ZUM 1989, 293 – Künstlerverträge; Dönnwald/Gerlach, Vor § 74 Rn. 5, § 79 Rn. 14.

<sup>685</sup> Dönnwald, in: FS Rehlinger, S. 233, 237.

Anforderungen bewusst deutlich herabgesetzt worden.<sup>686</sup> Zudem ist gemäß § 32a Abs. 1 S. 2 UrhG nunmehr unerheblich, ob die Vertragspartner die Höhe der erzielten Erträge oder Vorteile vorhergesehen haben oder hätten vorhersehen können.<sup>687</sup> Aus Abs. 2 der Vorschrift ergibt sich, dass der Anspruch sowohl gegenüber Vertragspartnern als auch gegenüber Dritten geltend gemacht werden kann, denen Nutzungsrechte eingeräumt worden sind. Damit können auch solche Verwerter Schuldner des Anspruchs sein, mit denen der Interpret keinen Vertrag geschlossen hat.<sup>688</sup>

Es handelt sich jedenfalls bei § 32a Abs. 2 UrhG um einen gesetzlichen Anspruch.<sup>689</sup> Aber auch Abs. 1 der Vorschrift kann mit guten Gründen als gesetzlicher Anspruch angesehen werden, auch wenn er an den Vertrag anknüpft.<sup>690</sup> Der frühere Bestsellerparagraph wurde als Sonderfall des Wegfalls der Geschäftsgrundlage angesehen.<sup>691</sup> Dagegen wird in dem neuen Fairnessparagraphen zum Teil eine besondere Ausprägung der Inhaltskontrolle gesehen.<sup>692</sup> Andere nehmen eine bereicherungsrechtliche Einordnung vor und wollen einen Vertragsänderungsanspruch gewähren.<sup>693</sup> Wieder andere sehen darin (weiterhin) die Sonderregelung einer Störung der Geschäftsgrundlage.<sup>694</sup>

## **b) Verhältnis zu anderen Vorschriften**

Gemäß § 32a Abs. 4 UrhG haben gemeinsame Vergütungsregeln i.S.d. § 36 UrhG und Tarifverträge Vorrang, wobei letztere wiederum den Vergütungsregeln vorgehen. Im Unterschied zu § 32 UrhG (dort *ex ante* auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses, § 32 Abs. 2 S. 2 UrhG) ist hier *ex post* auf die weitere Entwicklung abzustellen.<sup>695</sup> §§ 32 und 32a UrhG können nebeneinander

---

<sup>686</sup> Vgl. nur BT-Drs. 14/8058, S. 19; Fromm/Nordemann/Czychowski, § 32a Rn. 16; Dreier/Schulze, § 32a Rn. 2.

<sup>687</sup> Nach Wandtke/Bullinger/Wandtke/Grunert, § 32a Rn. 15 soll dies bereits vorher der Fall gewesen sein.

<sup>688</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Haedicke/Peifer, § 32a Rn. 1 (zum Urheber).

<sup>689</sup> Vgl. Poll, ZUM 2009, 611, 619; Schaub, ZUM 2005, 212, 219.

<sup>690</sup> So Poll, ZUM 2009, 611, 619.

<sup>691</sup> Vgl. BGHZ 115, 63, 66 = ZUM 1992, 141, 142 – Horoskop-Kalender; BGH ZUM 1998, 497, 501 – Comic-Übersetzungen I; BT-Drs. IV/3401, S. 5; Berger, GRUR 2003, 675, 676, 678; Schricker/Loewenheim/Haedicke/Peifer, § 32a Rn. 6; Höckelmann, ZUM 2005, 526, 527; Pleister/Ruttig, ZUM 2004, 337, 339 f.; Schaub, ZUM 2005, 212, 215; Dreier/Schulze, § 32a Rn. 3, 39.

<sup>692</sup> Vgl. Erdmann, GRUR 2002, 923, 927; Höckelmann, ZUM 2005, 526, 527.

<sup>693</sup> So Berger, GRUR 2003, 675, 677 f.

<sup>694</sup> So Schaub, ZUM 2005, 212, 218.

<sup>695</sup> Vgl. nur BGHZ 182, 337 = ZUM 2010, 48 – Talking to Addison; Schricker/Loewenheim/Haedicke/Peifer,

angewandt werden, wobei die Gerichte zunächst die Angemessenheit der Vergütung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses prüfen müssen.<sup>696</sup> Dies kann insbesondere der Fall sein, wenn das vertraglich Vereinbarte hinter der nach objektiver Prognose beim Vertragsschluss angemessenen Vergütung zurückbleibt, und wenn zusätzlich die Prognose durch die tatsächlich erzielten Erträge und Vorteile überholt wird.<sup>697</sup> Nach einer Auffassung betrifft der Fairnessausgleich jedoch nur die weitere angemessene Beteiligung, sodass der Grundbetrag nach § 32 UrhG zu berechnen sei.<sup>698</sup> Beide Ansprüche können im Wege der objektiven Klagehäufung gemäß § 260 ZPO geltend gemacht werden.<sup>699</sup>

Die Regeln über die Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) sind in diesem Zusammenhang nicht anwendbar, sondern treten subsidiär zurück.<sup>700</sup> Im Unterschied zum früheren Bestsellerparagrafen, der eine „spezialgesetzliche Ausprägung der Lehre von der Geschäftsgrundlage“<sup>701</sup> beinhaltete, geht es nunmehr nicht um eine veränderte Sachlage, die beide Parteien bei Vertragsschluss nicht vorhergesehen haben und die eine Anpassung der Vergütung notwendig macht.<sup>702</sup> Gegenüber §§ 138, 826 BGB sind §§ 32, 32a UrhG jeweils *lex specialis*.<sup>703</sup> Nach einer Ansicht gilt dies auch für die AGB-Kontrolle nach §§ 307 ff. BGB.<sup>704</sup> Die Gegenauffassung sieht hier keinen Konflikt und will die beiden Kontrollmechanismen nebeneinander anwenden.<sup>705</sup> Die Kündigung aus wichtigem Grund (§ 314 BGB) bleibt auch neben § 32a UrhG anwendbar.<sup>706</sup> Die Anwendung der §§ 32, 32a UrhG neben dem neuen § 32c

---

§ 32a Rn. 9; Jacobs, in: FS Ullmann, S. 79, 82; Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, § 32a Rn. 2; Soppe, NJW 2018, 729, 732; a. A. wohl Zentek, ZUM 2006, 117, 119 (Abgrenzung nach Grad der Unangemessenheit).

<sup>696</sup> Vgl. OLG München ZUM 2010, 808, 813 – Das Boot I; Schricker/Loewenheim/Haedicke/Peifer, § 32a Rn. 9; Jacobs, in: FS Ullmann, S. 79, 89; Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, § 32a Rn. 2; Dreier/Schulze, § 32 Rn. 92, § 32a Rn. 7; offen gelassen von BGH ZUM-RD 2012, 192, 195 – Das Boot I.

<sup>697</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Haedicke/Peifer, § 32a Rn. 9.

<sup>698</sup> So etwa Zentek, ZUM 2006, 117, 119.

<sup>699</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Haedicke/Peifer, § 32a Rn. 9.

<sup>700</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Haedicke/Peifer, § 32a Rn. 10; Wandtke/Bullinger/Wandtke/Grunert, § 32 Rn. 80; a. A. Pleister/Ruttig, ZUM 2004, 337, 342 f.; Dreier/Schulze, § 32a Rn. 8, 68.

<sup>701</sup> Götting, in: FS Schricker 1995, S. 53, 73.

<sup>702</sup> Vgl. Jacobs, in: FS Ullmann, S. 79, 92.

<sup>703</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Haedicke/Peifer, § 32a Rn. 10.

<sup>704</sup> Vgl. Nachweise bei Roos, S. 83 f.

<sup>705</sup> So etwa Roos, S. 85 ff. m. w. N.

<sup>706</sup> Siehe nur Schricker/Loewenheim/Haedicke/Peifer, § 32a Rn. 10; Wandtke/Bullinger/Wandtke/Grunert, § 32 Rn. 81.

UrhG bleibt unberührt.<sup>707</sup> Schließlich findet § 32a UrhG auch im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses Anwendung.<sup>708</sup>

### c) Tatbestand: Auffälliges Missverhältnis

Hat der ausübende Künstler einem anderen ein Nutzungsrecht zu Bedingungen eingeräumt, die dazu führen, dass die vereinbarte Gegenleistung unter Berücksichtigung der gesamten Beziehungen des ausübenden Künstlers zu dem anderen in einem auffälligen Missverhältnis zu den Erträgen und Vorteilen aus der Nutzung des Werkes steht, so ist der andere nach § 79 Abs. 2a i.V.m. § 32a Abs. 1 S. 1 UrhG auf Verlangen des ausübenden Künstlers verpflichtet, in eine Änderung des Vertrages einzuwilligen, durch die dem ausübenden Künstler eine den Umständen nach weitere angemessene Beteiligung gewährt wird.

Die Frage eines auffälligen Missverhältnisses unterliegt dabei einer objektiven Beurteilung anhand der branchenüblichen Gepflogenheiten.<sup>709</sup> Früher setzte der Wortlaut dieses Fairnessparagraphen (§ 36 UrhG a. F.) ein „grobes“ Missverhältnis voraus. Durch die Umformulierung ist der Maßstab nun deutlich herabgesetzt worden.<sup>710</sup> Der Begriff „auffällig“ ist als quantitatives Merkmal, nicht als solches der Wahrnehmbarkeit zu verstehen, was gegeben ist, wenn es eine evidente, bei objektiver Betrachtung erheblich ins Gewicht fallende Abweichung von der Angemessenheit impliziert.<sup>711</sup>

Die Prüfung erfolgt nach mittlerweile ständiger Rechtsprechung des BGH vierstufig: Nach Feststellung der vereinbarten Vergütung und der durch den Verwerter erzielten Erlöse und Vorteile wird die Vergütung bestimmt, die aus der Sicht *ex post* insbesondere unter Berücksichtigung der erzielten Erträge und Vorteile angemessen i. S. d. § 32 Abs. 2 S. 2 ist, bevor geprüft wird, ob die vereinbarte Vergütung mit Blick auf diese angemessene Vergütung in einem

---

<sup>707</sup> Siehe nur Schricker/Loewenheim/Haedicke/Peifer, § 32a Rn. 10; BT-Drs. 16/1828, S. 25.

<sup>708</sup> Vgl. nur Bayreuther, GRUR 2003, 570, 572 f.; Dreier/Schulze, § 43 Rn. 17, 30; Kuckuk, S. 175 ff.; Schricker/Loewenheim/Rojahn/Frank, § 43 Rn. 72; Schack, GRUR 2002, 853, 855; Wandtke/Bullinger, § 43 Rn. 134, 145, 153; Zirkel, WRP 2003, 59, 65; a. A. Berger, ZUM 2003, 173, 179.

<sup>709</sup> Vgl. Möhring/Nicolini/Soppe, § 32a Rn. 10.

<sup>710</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Haedicke/Peifer, § 32a Rn. 19; Dreier/Schulze, § 32a Rn. 37; Möhring/Nicolini/Soppe, § 32a Rn. 11; BT-Drs. 14/8058, S. 19.

<sup>711</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Haedicke/Peifer, § 32a Rn. 19; Möhring/Nicolini/Soppe, § 32a Rn. 11.

auffälligen Missverhältnis zu den Erträgen und Vorteilen steht.<sup>712</sup> Jedenfalls ist dabei ein auffälliges Missverhältnis gegeben, wenn die vereinbarte Vergütung nur die Hälfte der angemessenen Vergütung beträgt.<sup>713</sup> Teilweise wird ein solches aber auch bereits ab 20 bis 30 % angenommen.<sup>714</sup>

Pauschalvergütungen sind – auch mit Blick auf die DSM-RL – nicht generell unangemessen (siehe hierzu bereits oben unter III. 2. c)). Sie können vielmehr in bestimmten Fällen, insbesondere in der Filmbranche<sup>715</sup> und hierbei vor allem bei untergeordneten leistungsschutzrechtlichen Beiträgen<sup>716</sup>, durchaus eine angemessene Vergütung beinhalten. So entspricht etwa im Bereich der Synchronsprecher eine pauschale Vergütung aufgrund der Eigenart der künstlerischen Leistung (untergeordneter Beitrag) der üblichen Branchenpraxis.<sup>717</sup> Es kommt vielmehr stets auf das konkrete Verhältnis der Pauschalvergütung zu einer angemessenen Weise zu zahlenden Vergütung an.<sup>718</sup>

Ein Problem stellt sich aber insbesondere im audiovisuellen Sektor durch die weltweite Verwertung. So ist der Buyout vor allem in der US-amerikanischen Filmindustrie verbreitet, die diesen über Rechtswahlklauseln und Gerichtsstandvereinbarungen zunehmend auch gegenüber Künstlern aus Europa anwendet. Dies führt zu der Frage, inwieweit hier das Europarecht oder die nationalen Vorschriften ausreichen, um eine solche Praxis zu verhindern. Gemäß § 32b UrhG (der über die Verweisungsnorm des § 79 Abs. 2 UrhG auch im Bereich der ausübenden Künstler gilt) sind §§ 32 und 32a UrhG zwingendes Recht, soweit mangels Rechtswahl deutsches Recht anzuwenden ist oder maßgebliche Nutzungshandlungen in Deutschland erfolgen. Eine entsprechende Regelung auf europäischer Ebene sieht die DSM-RL nicht vor. Dennoch gilt

---

<sup>712</sup> Vgl. nur Schricker/Loewenheim/Haedicke/Peifer, § 32a Rn. 19 m. entspr. N.

<sup>713</sup> BGH ZUM-RD 2012, 192 – Das Boot I; BGH ZUM 2013, 39 – Fluch der Karibik; zuletzt für ausübende Künstler LG München I ZUM-RD 2019, 224, 229; Schricker/Loewenheim/Haedicke/Peifer, § 32a Rn. 19; Hucko, S. 14; Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, § 32a Rn. 18; Dreier/Schulze, § 32a Rn. 37; Möhring/Nicolini/Soppe, § 32a Rn. 12; ders., NJW 2018, 729, 732; Wandtke/Bullinger/Wandtke/Grunert, § 32a Rn. 19; Zentek, ZUM 2006, 117, 120.

<sup>714</sup> Vgl. Wandtke/Bullinger/Wandtke/Grunert, § 32a Rn. 20; zu einer erforderlichen Anpassung dieser Schwellenwerte im Zuge der Umsetzung der DSM-RL siehe nur Reber, ZUM 2020, 700, 702.

<sup>715</sup> Siehe hierzu näher Jani, S. 56 ff., 117 ff.; Hansen, ZUM 2020, 692 sieht in diesem Bereich eine Pauschalvergütung sogar generell als angemessen an; für eine Einzelfallbetrachtung dagegen Reber, ZUM 2020, 700, 701 f.

<sup>716</sup> So Obergfell/Zurth, ZGE/IPJ 2016, 1, 29; Ory, AfP 2019, 287, 288 f.

<sup>717</sup> BGH ZUM 2014, 582 – Synchronsprecher; zuletzt bestätigt durch LG München I ZUM-RD 2019, 224, 228 f.

<sup>718</sup> Vgl. Wandtke/Bullinger/Wandtke/Grunert, § 32a Rn. 21.

§ 32b UrhG als autonomes deutsches Vertrags-IPR.<sup>719</sup> Im Zuge der Urheberrechtsreform zur Umsetzung der DSM-RL ister zudem auf die flankierenden Auskunftsansprüche aus §§ 32d, 32e UrhG und das neue Instrument der alternativen Streitbeilegung ausgeweitet worden.

Zur Begriffsauslegung ist bei § 32 UrhG anzusetzen, der mit § 32a UrhG in engem Zusammenhang steht.<sup>720</sup> Die genaue Grenzziehung ist allerdings schwierig und umstritten.<sup>721</sup> Fraglich ist, ob § 32a UrhG im Bereich des künstlerischen Leistungsschutzes eher eng oder eher weit auszulegen ist. Zum Teil wird sich für eine enge Auslegung, also eine Zurückhaltung bei untergeordneten Beiträgen ausgesprochen.<sup>722</sup> Manche schlagen sogar vor, die Anwendbarkeit von § 32a UrhG im Filmbereich gänzlich auszuschließen.<sup>723</sup> Das ist jedoch nicht hinnehmbar.<sup>724</sup> Zwar mag es in bestimmten Bereichen, etwa bei den im Filmbereich nicht selten untergeordneten Beiträgen einer Vielzahl Beiteiligter, ein Bedürfnis für abschließende Buy-out-Vergütungen geben. Dies rechtfertigt jedoch nicht den ganz offensichtlich auch gesetzlich nicht vorgesehenen Ausschluss einer ganzen Branche von der genannten Regelung.

Die DSM-RL sieht in Art. 20 eine ähnliche Regelung auf europäischer Ebene vor.<sup>725</sup> Diese enthält einen Vertragsanpassungsmechanismus, also eine zusätzliche Vergütung bei Fehlen anwendbarer Kollektivvereinbarungen, „wenn sich die ursprünglich vereinbarte Vergütung im Vergleich zu sämtlichen späteren einschlägigen Einnahmen aus der Verwertung der Werke oder Darbietungen als unverhältnismäßig niedrig erweist.“ In Erwägungsgrund 78 der Richtlinie finden sich Überlegungen zu einer Vertragsanpassung, „wenn sich herausstellt, dass der wirtschaftliche Wert der Rechte deutlich höher ist als ursprünglich angenommen.“ Die Mitgliedstaaten sollen also gewährleisten, dass Kreative das Recht haben, eine zusätzliche und angemessene Vergütung von der Partei zu verlangen, mit der sie einen Vertrag über die Verwertung ihrer Rechte geschlossen haben, wenn die

---

<sup>719</sup> Vgl. nur Schricker/Loewenheim/Katzenberger, § 32b Rn. 8c, 34c.

<sup>720</sup> Vgl. nur BT-Drs. 14/8058, S. 45; Schricker/Loewenheim/Haedicke/Peifer, § 32a Rn. 19; Wandtke/Bullinger/Wandtke/Grunert, § 32a Rn. 17.

<sup>721</sup> Vgl. Möhring/Nicolini/Soppe, § 32a Rn. 11.

<sup>722</sup> KG Berlin GRUR-RR 2011, 409, 411 – Synchronsprecher; BGH ZUM 2013, 39, 43 – Synchronsprecher; BT-Drs. 14/8058, S. 19; Fromm/Nordemann/Schaefer, § 79 Rn. 81; a. A. Kruse, S. 107.

<sup>723</sup> So Schwarz, ZUM 2010, 107, 111.

<sup>724</sup> Vgl. auch Wandtke, Urheberrecht, 4. Kap. Rn. 109.

<sup>725</sup> Siehe hierzu nur Dreier, GRUR 2019, 771, 777; Ory, AfP 2019, 287, 290.



ursprünglich vereinbarte Vergütung im Vergleich zu den späteren einschlägigen Einnahmen und Gewinnen aus der Verwertung der Werke oder Darbietungen unverhältnismäßig niedrig ist. Darin liegt eine Absenkung der bislang geltenden Schwelle, was auch der nationale Gesetzgeber in dem neuen § 32a UrhG entsprechend berücksichtigt hat.<sup>726</sup> Dieser Vorschlag eines europäischen Bestsellerparagraphen wurde früh auch von deutscher Seite begrüßt.<sup>727</sup> Wie bei § 32a UrhG stellt sich auch bei der neuen europäischen Regelung die Frage des genauen Anspruchsumfangs. Die Vergütung ist dabei zusätzlich zur vertraglich geschuldeten Vergütung in einem Ausmaß zu leisten, dass sie insgesamt eine angemessene Höhe erreicht.<sup>728</sup>

In Deutschland – wie auch den Niederlanden – kann dieser Anspruch nicht nur gegen den direkten Vertragspartner geltend gemacht werden, sondern auch gegen Unterlizenznehmer (§ 32a Abs. 2 UrhG).<sup>729</sup> Eine entsprechende Forderung auf europäischer Ebene<sup>730</sup> hat bei Verabschiedung des Richtlinien texts kein Gehör gefunden.<sup>731</sup> Dies hat im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht die Frage nach der Erforderlichkeit einer Abschaffung von § 32a Abs. 2 UrhG aufgeworfen. Mit Blick auf die beabsichtigte ledigliche Mindestharmonisierung ist dies abzulehnen.<sup>732</sup> So sah auch bereits der Diskussionsentwurf des BMJV vom 24. Juni 2020 eine Beibehaltung vor. Die dort noch vorgesehene Streichung von § 32a Abs. 2 S. 2 UrhG, wonach die Haftung des Vertragspartners bei Inanspruchnahme eines Dritten entfällt, ist schließlich nicht übernommen worden. Insbesondere im Filmbereich sollte die Bedeutung von § 32a Abs. 2 S. 1 UrhG aufgrund der teils langen Lizenzketten nicht unterschätzt werden.<sup>733</sup> Danach kann der Kreative also auch von einem Dritten, der mit seinem Recht unverhältnismäßig viel erwirtschaftet, eine weitere angemessene Beteiligung verlangen. Zum Teil wird gefordert, diese Durchgriffshaftung auch auf § 32 UrhG

---

<sup>726</sup> Kritisch zu dieser „Verschärfung“ etwa *Hansen*, ZUM 2020, 692, 693; *Soppe*, ZUM 2020, 712, 713.

<sup>727</sup> Vgl. nur *Czychowski*, in: FS Schulze, S. 235, 241 f.

<sup>728</sup> Vgl. nur *Dorfmayr*, medien und recht 2017, 131, 134.

<sup>729</sup> Siehe zu diesem Anspruch *Leistner*, in: FS Schwarz, S. 19 ff.

<sup>730</sup> Siehe hierzu etwa *Grandjean*, ZUM 2018, 265, 267; *Lucas-Schloetter*, GRUR Int. 2018, 430, 431.

<sup>731</sup> Vgl. auch *Schulze*, GRUR 2019, 682, 684.

<sup>732</sup> So auch *Peifer*, GRUR 2020, 14, 18.

<sup>733</sup> Vgl. nur *Datta*, S. 353 f., 374.

auszudehnen.<sup>734</sup> Hierzu hätte insbesondere die Umsetzung der DSM-RL zum Anlass genommen werden können.<sup>735</sup>

Bezüglich des Anspruchs ist eine differenzierte Auseinandersetzung mit der ökonomischen Logik der jeweiligen Medienbranche erforderlich.<sup>736</sup> Im Filmbereich galt der frühere Bestsellerparagraph zum Schutz des Filmproduzenten nicht (§ 90 S. 2 UrhG).<sup>737</sup> Deshalb wird auch eine Anwendung von § 32a UrhG für den Filmhersteller abgelehnt.<sup>738</sup> Zudem besteht im audiovisuellen Sektor die besondere Schwierigkeit, dass sich aufgrund der Vielzahl beteiligter Rechteinhaber – sowohl Urheber (vorbestehender, filmbestimmt geschaffener und filmischer Werke) als auch ausübende Künstler – häufig die Erträge und Vorteile nicht genau zuordnen lassen. Eine Kausalität der einzelnen Beiträge ist allerdings nicht zu prüfen, vielmehr ist der Beitrag zum Verwertungserfolg des Werkes bei entsprechender Schöpfungshöhe zu vermuten und alle Beteiligten sind dementsprechend angemessen zu beteiligen.<sup>739</sup>

Auf Rechtsfolgenreihe stellt sich zudem die Frage, wie der Begriff der „Erträge“ auszulegen ist.<sup>740</sup> Eine Ansicht versteht darunter unter Verweis auf den BGH<sup>741</sup> die Bruttoerlöse<sup>742</sup>, wohingegen nach anderer Auffassung vom Nettogewinn, also den Erträgen des Verwerter nach Abzug seiner Kosten, auszugehen ist.<sup>743</sup> Dies ist im Filmbereich übereinstimmende Praxis.<sup>744</sup> Die Rechtsprechung stellt auf die

---

<sup>734</sup> So bereits *Neubauer*, ZUM 2013, 716, 718.

<sup>735</sup> Vgl. nur Stellungnahmen zum Diskussionsentwurf des BMJV vom 24.6.2020 der Initiative Urheberrecht, abrufbar unter [https://www.bmjb.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/073120\\_Stellungnahme\\_Initiative-Urheberrecht\\_RefE\\_Urheberrecht-II.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjb.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/073120_Stellungnahme_Initiative-Urheberrecht_RefE_Urheberrecht-II.pdf?__blob=publicationFile&v=2), S. 13 sowie der Deutschen Orchestervereinigung, abrufbar unter [https://www.bmjb.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/072620\\_Stellungnahme\\_DOV\\_RefE\\_Urheberrecht-II.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjb.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/072620_Stellungnahme_DOV_RefE_Urheberrecht-II.pdf?__blob=publicationFile&v=2), S. 2 (jeweils zuletzt abgerufen am 13.12.2020).

<sup>736</sup> Vgl. *Czychowski*, ZUM 2016, 314.

<sup>737</sup> Vgl. auch *Homann*, Filmrecht, S. 137.

<sup>738</sup> So *Datta*, S. 313.

<sup>739</sup> Vgl. *Homann*, Filmrecht, S. 137 f.

<sup>740</sup> Vgl. hierzu *Castendyk*, ZUM 2016, 314, 315 f.

<sup>741</sup> Bereits in BGH ZUM 1992, 141, 142 – Horoskop-Kalender; zuletzt bestätigt in BGH GRUR 2012, 496, 499 – Das Boot.

<sup>742</sup> So *Erdmann*, GRUR 2002, 923, 928; *Höckelmann*, ZUM 2005, 526, 527; *Ohly*, in: Riesenhuber, S. 169, 181; *Reber*, GRUR Int. 2015, 802, 806; *ders.*, GRUR Int. 2011, 569, 578; *ders.*, GRUR 2003, 393, 396; *Schricker*, GRUR 2002, 737, 739; *ders./Loewenheim/Haedicke/Peifer*, § 32a Rn. 17; *Dreier/Schulze*, § 32a Rn. 28; *Wandtke/Bullinger/Wandtke/Grunert*, § 32a Rn. 11.

<sup>743</sup> So *Berger*, GRUR 2003, 675, 678; *Jacobs*, in: FS Ullmann, S. 79, 90 f.; *Poll*, ZUM 2009, 611, 615 ff.; *Schaub*, ZUM 2005, 212, 219; *Schwarz*, ZUM 2010, 107, 111.

<sup>744</sup> Vgl. *Castendyk*, ZUM 2016, 314, 315.

Bruttoerlöse ab, von denen sie jedoch alle den Gewinn des Verwerter schmälernden Aufwendungen abzieht, sodass im Ergebnis vom Nettogewinn auszugehen ist.<sup>745</sup> Eine Berücksichtigung der Verluste des Verwerter mit Werken anderer Urheber (sogenannte Quersubventionierung) ist dagegen unzulässig.<sup>746</sup>

#### **d) Anwendungsfälle in den Bereichen Film und Musik**

Während § 32a UrhG bezüglich der Urheber Gegenstand zahlreicher gerichtlicher Entscheidungen ist (man denke nur an die Fülle an Entscheidungen zur Übersetzervergütung sowie in Sachen „Das Boot“<sup>747</sup> bezüglich eines Kameramanns), ist die Situation bei den ausübenden Künstlern doch recht überschaubar. Im Grunde ist die hierzu ergangene deutsche Rechtsprechung im Filmbereich auf Synchronsprecherleistungen beschränkt ((1)) und im Musikbereich erst kürzlich erstmals eine gerichtliche Entscheidung erfolgt ((2)).

##### **(1) Kammergericht – „Fluch der Karibik II“**

Erstmals hatte das Kammergericht über die Nachvergütung eines Synchronschauspielers zu entscheiden<sup>748</sup> und den Anspruch tatsächlich abgelehnt, indem es die künstlerische Leistung des Synchronsprechers im konkreten Einzelfall (immerhin Synchronisierung des Hauptdarstellers *Johnny Depp* in der Piratensaga „Fluch der Karibik“) als lediglich untergeordneten Beitrag zu dem Gesamtwerk „Film“ einordnete,<sup>749</sup> der durch ein branchenübliches Pauschalhonorar abgegolten werden kann.<sup>750</sup> Dies wurde scharf kritisiert.<sup>751</sup> Auch der BGH ist dem schließlich entgegengetreten, indem er die Synchronisationsleistungen eines Synchronsprechers für die Person eines Hauptdarstellers eines Kinofilms als üblicherweise nicht derart marginal ansah, dass der Anwendungsbereich des § 32a UrhG generell ausgeschlossen ist.<sup>752</sup> Das

---

<sup>745</sup> Vgl. auch *Castendyk*, ZUM 2016, 314, 322.

<sup>746</sup> BGH GRUR 2012, 496, 499 – Das Boot; *Fromm/Nordemann/Czychowski*, § 32a Rn. 18; *Schricker/Loewenheim/Haedicke/Peifer*, § 32a Rn. 18; *Schaub*, ZUM 2005, 212, 218; *Dreier/Schulze*, § 32a Rn. 34; *Wandtke/Bullinger/Wandtke/Grunert*, § 32a Rn. 14.

<sup>747</sup> Zuletzt BGH ZUM 2020, 403 – Das Boot II.

<sup>748</sup> Siehe hierzu *Wandtke/Leinemann*, ZUM 2011, 746.

<sup>749</sup> KG ZUM 2011, 741, 744 f.

<sup>750</sup> So bereits BGH ZUM 2002, 549 – Musikfragmente.

<sup>751</sup> Siehe etwa *Wandtke/Leinemann*, ZUM 2011, 746.

<sup>752</sup> BGH ZUM 2013, 39, 43.

Kammergericht hat daraufhin (nach zwischenzeitlich nochmaliger Entscheidung des Landgerichts) seine Entscheidung revidiert und dem Synchronsprecher einen Anspruch auf weitere Beteiligung nach § 32a UrhG zugebilligt.<sup>753</sup> Dem hat sich zuletzt auch das Landgericht München I angeschlossen.<sup>754</sup>

Diese Entwicklung ist sehr zu begrüßen. Dadurch werden auch Synchronsprecher angemessen vergütet. Grundsätzlich ist zwar gerade in diesem Bereich aufgrund der Vielzahl Beteiligter häufig eine Pauschalvergütung angemessen, die oftmals auch eine Nachvergütung ausschließen wird. Jedoch ist in Einzelfällen nicht ausgeschlossen, dass der Verwertungserfolg deutlich über die Erwartungen hinausgeht. Daran können auch Synchronsprecher, insbesondere wenn es sich um die Hauptrolle handelt, einen nicht unerheblichen Anteil haben, sodass im Einzelfall auch dort eine Nachvergütung möglich sein muss.

## **(2) OLG München – „Elvis Presley“**

Aus dem Musikbereich erregte eine Entscheidung des OLG München zu *Elvis Presley*<sup>755</sup>, einem der erfolgreichsten Künstler aller Zeiten, größere Aufmerksamkeit. Fraglich war, ob ein auffälliges Missverhältnis im Sinne des § 32a UrhG zwischen der für das übertragene Nutzungsrecht vereinbarten Gegenleistung an den Kreativen einerseits und den Erträgen und Vorteilen der Plattenfirma als Drittem andererseits vorlag.<sup>756</sup> Das OLG München nahm in seiner Entscheidung dabei erstmals eine sogenannte „Wertbereinigung“ der Vergütung vor, welche in der Literatur aufgrund der Fiktionen, mit denen das Gericht im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal der vereinbarten Gegenleistung arbeitet, sowie mangels rechtlicher Grundlage zu Recht abgelehnt wird.<sup>757</sup> Im Ergebnis hat das OLG München der Nachlasswalterin von *Elvis Presley* einen Nachvergütungsanspruch verwehrt, weil es eine getrennte Ermittlung der Erträge in der Lizenzkette vorgenommen und auch ein möglicherweise künftiges auffälliges Missverhältnis nicht berücksichtigt hat.

---

<sup>753</sup> KG GRUR Int. 2016, 1072 – Fluch der Karibik II.

<sup>754</sup> LG München I, ZUM-RD 2019, 224.

<sup>755</sup> OLG München, ZUM 2017, 849 – Elvis Presley.

<sup>756</sup> Vgl. Reber, GRUR Int. 2017, 943.

<sup>757</sup> Vgl. Reber, GRUR Int. 2017, 943, 946 f.

Zunächst hielt das Gericht fest, dass das Vorliegen eines auffälligen Missverhältnisses jeweils getrennt für den Vertragspartner des ausübenden Künstlers und den Unterlizenznehmer festzustellen ist, es sich also bei § 32a Abs. 1 UrhG und § 32a Abs. 2 UrhG um zwei unabhängige, sich gegenseitig ausschließende Ansprüche handelt.<sup>758</sup> Als Dritte im Sinne des § 32a Abs. 2 UrhG sieht es dabei auch konzernangehörige Unternehmen an.<sup>759</sup> Bis hierhin kann dem noch gefolgt werden. Bei der Ermittlung der Erträge und Vorteile des Dritten sollen dann allerdings die von ihm an den Hauptlizenznehmer entrichteten Lizenzzahlungen abziehen sein.<sup>760</sup> Zugleich sollen die Erlöse dabei jeweils mit der dem Kreativen insgesamt gezahlten Vergütung zu vergleichen sein, wobei unerheblich sein soll, welcher Anteil unmittelbar an den Künstlermanager geflossen ist und ob die Parteien eines Buy-out-Vertrags mit einer längeren Auswertungsdauer gerechnet haben oder nicht, da die dem Kreativen gezahlte Vergütung grundsätzlich die gesamte Auswertung abgelte.<sup>761</sup> Das ist widersprüchlich und findet keine Grundlage in § 32a Abs. 2 UrhG, der im Übrigen eine klare und differenzierte Regelung beinhaltet. So gewährt er etwa gegen den Dritten sogar einen direkten Zahlungsanspruch.<sup>762</sup> Das Gericht hätte vielmehr entsprechend seiner getrennten Betrachtung eine Aufteilung der mit dem Kreativen ursprünglich vereinbarten Vergütung vornehmen können. Schließlich ist gerade mit Blick auf § 32a Abs. 1 Satz 2 UrhG und den im Musikbereich – anders als beim Film – teils deutlich längeren Auswertungszeitraum auch eine besondere Schutzbedürftigkeit der Interpreten in diesem Bereich gegeben.

#### **e) Gemeinsame Vergütungsregeln**

Wie im Rahmen der kollektivrechtlichen Instrumente bereits angesprochen (siehe oben unter III. 1. b) (1)) beschränken sich die einzigen beiden auf Interpreten anwendbaren gemeinsamen Vergütungsregeln auf die weitere angemessene Beteiligung nach § 32a UrhG. Es handelt sich zum einen um die Gemeinsamen

---

<sup>758</sup> Vgl. OLG München, ZUM 2017, 849, 857 – Elvis Presley; vgl. auch v. Becker, GRUR-Prax 2017, 440; Grünberger, ZUM 2018, 321, 337; Nordemann/Waiblinger, GRUR-RR 2018, 177, 183.

<sup>759</sup> Vgl. OLG München, ZUM 2017, 849, 857 – Elvis Presley; vgl. auch v. Becker, GRUR-Prax 2017, 440; Grünberger, ZUM 2018, 321, 337; Nordemann/Waiblinger, GRUR-RR 2018, 177, 183.

<sup>760</sup> Vgl. OLG München, ZUM 2017, 849, 857 f. – Elvis Presley; vgl. auch v. Becker, GRUR-Prax 2017, 440; Grünberger, ZUM 2018, 321, 337; Nordemann/Waiblinger, GRUR-RR 2018, 177, 183.

<sup>761</sup> Vgl. OLG München, ZUM 2017, 849, 858 – Elvis Presley; Grünberger, ZUM 2018, 321, 337.

<sup>762</sup> Vgl. Schaub, ZUM 2005, 212, 219.

Vergütungsregeln Synchron ((1)) und zum anderen um die mit „Netflix“ erstmals von einem Online-Diensteanbieter abgeschlossene Vereinbarung ((2)).

### **(1) Gemeinsame Vergütungsregeln Synchron einschließlich Verteilungsschema**

Zwischen der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di), gemeinsam mit dem Bundesverband Regie (BVR), dem Bundesverband Synchronregie und Dialogbuch (BSD) sowie dem Bundesverband Schauspiel (BFFS) einerseits und Studiocanal sowie dem Constantin Film Verleih andererseits wurde mit Wirkung zum 1. Januar 2019 eine gemeinsame Vergütungsregel vereinbart.<sup>763</sup> Diese gilt für alle an einer Synchronisation beteiligten Filmschaffenden, also bei den Interpreten insbesondere für Synchronschauspieler, unabhängig davon, ob diese im Rahmen eines Anstellungsverhältnisses oder auf selbständiger Basis tätig werden (Ziff. 1.3). Gegenstand der Vergütungsregel ist wie gesagt nicht die angemessene Vergütung nach § 32 UrhG (Ziff. 3), sondern lediglich die Bestimmung der weiteren Beteiligung nach § 32a Abs. 2 UrhG im Falle eines auffälligen Missverhältnisses zwischen den Erträgen und Vorteilen des Verleihers und der Vergütung der Synchronschaffenden (Ziff. 4.1).

Vorgesehen ist eine erfolgsabhängige Folgevergütung mit einer Beteiligung von 1 oder 2 %, je nach Höhe der weiteren Erträge des Verleihers (Ziff. 4.3). Hierzu sieht die Vergütungsregel zwei Beteiligungsschwellen vor: Die erste Schwelle ist erreicht, wenn der Verleiher über die zur Deckung seiner Verleihgesamtkosten nötigen Erträge hinaus weitere Erträge von insgesamt 20% der Verleihgesamtkosten erzielt (Ziff. 4.2.1). Die zweite Schwelle ist erreicht, wenn über diesen Wert hinaus weitere Erträge in Höhe von weiteren 20% der Verleihgesamtkosten erzielt werden (Ziff. 4.2.2). Zur Ermittlung dieser Beteiligungsschwellen sind grundsätzlich sämtliche aus der Verwertung der Produktion vereinnahmten Erträge des Verleihs heranzuziehen (Ziff. 4.2.3).

---

<sup>763</sup> Abrufbar unter [https://www.bffs.de/files/2019/08/20190812\\_GVR-Synchron.pdf?utm\\_medium=email&utm\\_campaign=PRESSEMITTEILUNG++Erstmals+Erfolgsvergtungen+fr+die+Synchronbranche+ausgehandelt&utm\\_content=PRESSEMITTEILUNG++Erstmals+Erfolgsvergtungen+fr+die+Synchronbranche+ausgehandelt+CID\\_74def0548066133c2a6699fb4390233c&utm\\_source=E+Mail+Marketing+Software&utm\\_term=Download+GVR-Synchron](https://www.bffs.de/files/2019/08/20190812_GVR-Synchron.pdf?utm_medium=email&utm_campaign=PRESSEMITTEILUNG++Erstmals+Erfolgsvergtungen+fr+die+Synchronbranche+ausgehandelt&utm_content=PRESSEMITTEILUNG++Erstmals+Erfolgsvergtungen+fr+die+Synchronbranche+ausgehandelt+CID_74def0548066133c2a6699fb4390233c&utm_source=E+Mail+Marketing+Software&utm_term=Download+GVR-Synchron) (zuletzt abgerufen am 13.12.2020).

Beteiligungspflichtig sind sämtliche Erträge des Verleihs aus allen Nutzungen der Produktion, also insbesondere auch aus Video-on-Demand (Ziff. 4.4). Die Aufteilung dieser Beträge zwischen den Gewerken ist Gegenstand eines Verteilungsschemas.<sup>764</sup> Die Binnenverteilung zwischen den drei Gewerken Dialogbuch, Synchronregie und Synchronschauspiel erfolgt mit 75,03% zugunsten der letztgenannten, also der Interpreten. Die gewerkinterne Verteilung erfolgt entsprechend der Anzahl der Takes. Hierbei ist zwischen Haupt-, Neben- und Kleinrollen, definiert als Mitwirkungen mit mehr als sechs Takes, einerseits und Kleinstrollen (bis zu sechs Takes) und Ensemble (bis zu sechs Takes pro Rolle oder nicht näher erkennbare Rollenzuordnung) andererseits zu unterscheiden. Bei letzteren wird unabhängig von der tatsächlichen Anzahl der Takes diese auf sechs festgesetzt.

## **(2) Gemeinsame Vergütungsregeln mit „Netflix“**

Zuletzt hat sich mit „Netflix“ erstmals ein Streaming-Dienst über gemeinsame Vergütungsregeln mit der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di) und dem Bundesverband Schauspiel (BFFS) geeinigt, was daher als „Meilenstein für die Film- und Fernsehbranche“ bezeichnet wird.<sup>765</sup> Danach wird künftig sichergestellt, dass Filmkreative (Urheber und ausübende Künstler), die an deutschen Netflix-Original-Serien beteiligt sind, angemessen an der Verwertung beteiligt werden. Im Bereich der Interpreten betrifft dies insbesondere die Schauspieler. Bedauerlich ist, dass nicht auch musikalische (Urheber und) Interpreten von der Regelung umfasst sind.

Laut Pressemitteilung enthält die Vereinbarung unter anderem eine staffelbezogene Zusatzvergütung sowie eine Beteiligung an den Zweitverwertungserlösen von Netflix, die als Gesamtbetrag gezahlt und dann an alle Anspruchsberechtigten verteilt werden. Dabei lässt sich die Höhe der zu

---

<sup>764</sup> Abrufbar unter [http://www.bffs.de/files/2019/08/20190812\\_Verteilungsschema-zur-GVR-Synchron.pdf?utm\\_medium=email&utm\\_campaign=PRESSEMITTEILUNG%20%20Erstmals%20Erfolgsvergtungen%20fr%20die%20Synchronbranche%20ausgehandelt&utm\\_content=PRESSEMITTEILUNG%20%20Erstmals%20Erfolgsvergtungen%20fr%20die%20Synchronbranche%20ausgehandelt+CID\\_74def0548066133c2a6699fb4390233c&utm\\_source=E%20Mail%20Marketing%20Software&utm\\_term=Download%20Verteilungsschema%20zur%20GVR-Synchron](http://www.bffs.de/files/2019/08/20190812_Verteilungsschema-zur-GVR-Synchron.pdf?utm_medium=email&utm_campaign=PRESSEMITTEILUNG%20%20Erstmals%20Erfolgsvergtungen%20fr%20die%20Synchronbranche%20ausgehandelt&utm_content=PRESSEMITTEILUNG%20%20Erstmals%20Erfolgsvergtungen%20fr%20die%20Synchronbranche%20ausgehandelt+CID_74def0548066133c2a6699fb4390233c&utm_source=E%20Mail%20Marketing%20Software&utm_term=Download%20Verteilungsschema%20zur%20GVR-Synchron) (zuletzt abgerufen am 13.12.2020).

<sup>765</sup> Siehe Pressemitteilung BFFS vom 13.3.2020, abrufbar unter <https://www.bffs.de/2020/03/13/bffs-und-ver-di-einigen-sich-mit-netflix-auf-erfolgsabhaengige-zusatzverguetung-fuer-urheberinnen-und-ausuebende-kuenstlerinnen/> (zuletzt abgerufen am 13.12.2020).

zahlenden Zusatzvergütung auf der Basis für bestimmte Richtgrößen der weltweiten Zahl der sogenannten „Completer“ (Haushalte, die 90% einer Serien-Staffel gesehen haben) festgelegter Vergütungen errechnen, wodurch „eine kontinuierliche Zusatzvergütung uneingeschränkt gewährleistet“ sei.<sup>766</sup> Auch hier ist also nur § 32a UrhG Gegenstand der Vereinbarung.

Grundsätzlich sind die gemeinsamen Vergütungsregeln ein sinnvolles Instrument, da sie am besten auf branchenspezifische Besonderheiten reagieren können, aber oft scheitert es an der Repräsentativität.<sup>767</sup> Ein weiteres Problem liegt darin, dass häufig nicht nur der direkte Vertragspartner des Kreativen, sondern auch Unterlizenznehmer als Nutzer auftreten. Diese schulden zwar immerhin (§ 32 UrhG ist nicht anwendbar) nach § 79 Abs. 2a i.V.m. § 32a Abs. 2 UrhG bei Vorliegen eines auffälligen Missverhältnisses eine weitere angemessene Beteiligung, § 36 UrhG ist jedoch in diesem Verhältnis nicht anwendbar. So hat auch der BGH entschieden, dass eine Sendeanstalt keine Pflicht zur Verhandlung über die Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln für bestimmte Produktionsformen trifft.<sup>768</sup> Zum Teil wird daher in dem fehlenden Verweis auf § 32a (Abs. 2) neben § 32 UrhG in § 36 UrhG ein Redaktionsversehen gesehen und eine entsprechende Anpassung gefordert.<sup>769</sup> Alles in allem bleibt festzuhalten, dass das Instrument der gemeinsamen Vergütungsregeln (noch) nicht die Bedeutung erreicht, die sich der Gesetzgeber von ihm versprochen hat.<sup>770</sup>

## **f) Zwischenergebnis**

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das Instrument der weiteren angemessenen Beteiligung ein zentrales Korrektiv für die angemessene Vergütung der Interpreten ist. Dies zeigt sich nicht zuletzt in der zunehmenden Aufnahme von Regelungen hierzu in Tarifverträgen und gemeinsamen Vergütungsregeln. Insbesondere bei einer vorangegangenen Pauschalvergütung kann nur durch die Berücksichtigung des Verwertungserfolgs einer Darbietung im Nachhinein eine

---

<sup>766</sup> Siehe Pressemitteilung BFFS vom 13.3.2020, abrufbar unter <https://www.bffs.de/2020/03/13/bffs-und-ver-di-einigen-sich-mit-netflix-auf-erfolgsabhaengige-zusatzverguetung-fuer-urheberinnen-und-ausuebende-kuenstlerinnen/> (zuletzt abgerufen am 13.12.2020).

<sup>767</sup> Vgl. Lucas-Schloetter, GRUR 2017, 235, 241; dies., GRUR Int. 2018, 430, 432.

<sup>768</sup> BGH ZUM 2017, 929.

<sup>769</sup> Vgl. Reber, GRUR 2019, 891, 892 f.

<sup>770</sup> Vgl. auch Datta, S. 231.



angemessene Beteiligung gesichert werden. Das Hauptproblem liegt jedoch darin, dass sich zahlreiche Künstler mit Blick auf ein mögliches „*Blacklisting*“ (siehe hierzu auch sogleich unter 2. b)) davor scheuen, ihre Rechte auch geltend zu machen, was die bislang spärlichen gerichtlich entschiedenen Fälle in diesem Bereich verdeutlichen.

## **2. Flankierende Mechanismen zur Absicherung der vertragsrechtlichen Vergütungsansprüche**

Zur Durchsetzung ihrer vertragsrechtlichen Vergütungsansprüche werden über die Verweisungsnorm des § 79a Abs. 2a UrhG auch den Interpreten die durch das Urhebervertragsrecht bereitgestellten weiteren Ansprüche wie die Auskunftsansprüche der §§ 32d, 32e UrhG (a)) und das Instrument der Verbandsklage (b)) gewährt. Daneben sieht das Gesetz in § 79a UrhG einen direkten Anspruch des Interpreten gegen den Tonträgerhersteller vor (c)).

### **a) Auskunftsansprüche bzw. -pflichten**

Den genannten Durchsetzungsdefiziten der interpretenvertragsrechtlichen Lösung sollte mit der Gesetzesreform von 2016 Abhilfe geschaffen werden. Insbesondere die nunmehr den Urhebern und ausübenden Künstlern an die Hand gegebenen Auskunftsansprüche (§§ 32d, 32e UrhG) sowie das Verbandsklagerecht (§ 36b UrhG) sollen die Rechtsdurchsetzung erheblich erleichtern. Gleichwohl werden auch diese Maßnahmen nicht das grundsätzliche Problem lösen können. Insbesondere bleibt bei der Erprobung der Auskunftsansprüche in der Praxis zu beobachten, ob diese funktionieren, ohne einen unüberschaubaren Aufwand an Bürokratie zu verursachen.<sup>771</sup> Auch Erwägungsgrund 75 der DSM-RL macht die Bedeutung von Transparenz für die sich in der Regel in der schwächeren Verhandlungsposition befindenden Urheber und ausübenden Künstler deutlich.

Im Rahmen der Umsetzung der DSM-RL – namentlich Art. 19 – musste der im deutschen Recht bisher bestehende Auskunftsanspruch nunmehr als Auskunftspflicht unabhängig von der Geltendmachung durch den Kreativen

---

<sup>771</sup> Vgl. auch Ory, ZRP 2015, 241.

ausgestaltet werden.<sup>772</sup> Lediglich Verwertungsgesellschaften, die bereits nach § 53 VGG (in Umsetzung der VG-RL<sup>773</sup>) auskunftspflichtig sind, sind hiervon nach Art. 19 Abs. 6 ausgenommen.<sup>774</sup> Auch wenn in der Sache bereits eine sogenannte Ergebnispflicht bestand<sup>775</sup>, kann man sagen, dass der Wortlaut der DSM-RL insofern noch strenger ist.<sup>776</sup> Bei der Umsetzung war darauf zu achten, dass der daraus resultierende Verwaltungsaufwand auf Seiten der Verwerter nicht so erheblich wird, dass er die Auswertung gefährdet, was wiederum auch nicht im Interesse der Kreativen wäre.<sup>777</sup>

Die Auskunftspflicht soll weiterhin auch gegenüber Unterlizenznehmern gelten<sup>778</sup>, allerdings nur subsidiär, weshalb die Regelung zum Teil als zu sehr beschränkt angesehen wird.<sup>779</sup> Da die Richtlinie lediglich eine Mindestharmonisierung vorsieht, wäre die insoweit strengere deutsche Regelung entgegen der nunmehr gewählten subsidiären Ausgestaltung des § 32e beizubehalten gewesen.<sup>780</sup>

Der Diskussionsentwurf des BMJV vom 24. Juni 2020 sah zudem sowohl in § 32d Abs. 3 als auch in § 32e Abs. 3 UrhG-E einen Ausschluss der bislang möglichen kollektivrechtlichen Transparenzpflichten vor. Eine entsprechende Vorgabe lässt sich dem Richtlinienentwurf, insbesondere Art. 23, allerdings nicht entnehmen.

---

<sup>772</sup> Vgl. nur *Ory*, AfP 2019, 287, 289; *Peifer*, ZUM 2019, 648, 653; *ders.*, GRUR 2020, 14, 16 f.; Schricker/Loewenheim/*Peifer*, § 32d Rn. 3a; zur Forderung nach einer möglichst einfachen und praktikablen Ausgestaltung dieser Ansprüche besonders bei der medialen Verwertung von Opernproduktionen, die lediglich geringe Einnahmen generieren, siehe etwa Stellungnahme des Deutschen Bühnenvereins zur Umsetzung der EU-Richtlinie im Urheberrecht, abrufbar unter [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/082919\\_Stellungnahme\\_Buehnenverein\\_EU-Richtlinien\\_Urheberrecht.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/082919_Stellungnahme_Buehnenverein_EU-Richtlinien_Urheberrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (zuletzt abgerufen am 13.12.2020).

<sup>773</sup> Richtlinie 2014/26/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die kollektive Wahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten und die Vergabe von Mehrgebietslizenzen für Rechte an Musikwerken für die Online-Nutzung im Binnenmarkt, ABl. L 84 v. 20.3.2014, S. 72.

<sup>774</sup> Vgl. auch *Dreier*, GRUR 2019, 771, 777; *Ory*, AfP 2019, 287, 289; *ders.*, GRUR 2020, 14, 17.

<sup>775</sup> So auch *Stieper*, vgl. *Grandjean*, ZUM 2019, 414; siehe ferner *Pflüger*, S. 86 ff.

<sup>776</sup> Vgl. *Grandjean*, ZUM 2019, 409, 414.

<sup>777</sup> Insoweit kritisch zum DiskE *Hansen*, ZUM 2020, 692, 695; *Soppe*, ZUM 2020, 712, 713 f.

<sup>778</sup> Siehe nur *Dreier*, GRUR 2019, 771, 777.

<sup>779</sup> So etwa *Ory*, AfP 2019, 287, 290; siehe auch bereits Stellungnahme der Initiative Urheberrecht zum Diskussionsentwurf des BMJV vom 24.6.2020, abrufbar unter [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/073120\\_Stellungnahme\\_Initiative-Urheberrecht\\_RefE\\_Urheberrecht-II.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/073120_Stellungnahme_Initiative-Urheberrecht_RefE_Urheberrecht-II.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (zuletzt abgerufen am 13.12.2020), S. 17 f.

<sup>780</sup> So auch Stellungnahme der Initiative Urheberrecht zum Diskussionsentwurf des BMJV vom 24.6.2020, abrufbar unter [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/073120\\_Stellungnahme\\_Initiative-Urheberrecht\\_RefE\\_Urheberrecht-II.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/073120_Stellungnahme_Initiative-Urheberrecht_RefE_Urheberrecht-II.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (zuletzt abgerufen am 13.12.2020), S. 17 f.

Vielmehr ist mit Blick auf Art. 19 Abs. 5, unter Einhaltung von Art. 19 Abs. 1 bis Abs. 4, zur Berücksichtigung der Branchenunterschiede am Vorrang kollektivrechtlicher Vereinbarungen festzuhalten.<sup>781</sup> Es ist daher zu begrüßen, dass dieser Mangel bereits im Referentenentwurf des BMJV vom 13. Oktober 2020 bereinigt wurde.

## **b) Verbandsklagerecht und alternative Streitbeilegung**

Als Hauptgrund für die Schwierigkeiten der Kreativen bei der Durchsetzung ihrer wirtschafts- und sozialpolitischen Interessen wird ihr relativ schwacher Organisationsgrad gesehen, daneben sind aber auch äußere Einflüsse wie die technische Entwicklung mit ihrer beliebigen kostengünstigen Reproduzierbarkeit ausschlaggebend.<sup>782</sup> Auf der anderen Seite wird gesellschaftlich zum Teil auch ein möglichst ungehinderter Zugang zu digitalen Angeboten und damit häufig zu urheber- bzw. leistungsschutzrechtlich geschützten Inhalten gefordert.<sup>783</sup> Es gilt auch hier, einen angemessenen Ausgleich zwischen Schutz der Kreativen und freier Netzkultur zu schaffen.

In der Folge der erschwerten Durchsetzung sehen sich die Kreativen häufig der Gefahr des sogenannten „*Blacklisting*“ ausgesetzt: Wer versucht, gerichtlich eine angemessene Vergütung zu erstreiten, erhält keine Aufträge mehr, wird also auf einer schwarzen Liste geführt. Dies ist ein Problem der vertraglichen Ansprüche. Dem kann in Ansätzen bereits mit dem Verbandsklagerecht aus § 36b UrhG

---

<sup>781</sup> Vgl. nur Stellungnahmen zum Diskussionsentwurf des BMJV vom 24.6.2020 der Initiative Urheberrecht, abrufbar unter [https://www.bmjb.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/073120\\_Stellungnahme\\_Initiative-Urheberrecht\\_RefE\\_Urheberrecht-II.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjb.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/073120_Stellungnahme_Initiative-Urheberrecht_RefE_Urheberrecht-II.pdf?__blob=publicationFile&v=2), S. 18 f., der Deutschen Orchestervereinigung, abrufbar unter [https://www.bmjb.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/072620\\_Stellungnahme\\_DOV\\_RefE\\_Urheberrecht-II.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjb.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/072620_Stellungnahme_DOV_RefE_Urheberrecht-II.pdf?__blob=publicationFile&v=2), S. 3, der Motion Picture Association, abrufbar unter [https://www.bmjb.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/081920\\_Stellungnahme\\_MPA\\_RefE\\_Urheberrecht-II.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bmjb.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/081920_Stellungnahme_MPA_RefE_Urheberrecht-II.pdf?__blob=publicationFile&v=3), S. 19 f. sowie von BFFS, Netflix und ver.di, abrufbar unter [https://www.bmjb.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/081420\\_Stellungnahme\\_BFFS\\_RefE\\_Urheberrecht-II.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjb.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/081420_Stellungnahme_BFFS_RefE_Urheberrecht-II.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (jeweils zuletzt abgerufen am 13.12.2020); so auch Hansen, ZUM 2020, 692, 698; Konertz, ZUM 2020, 929, 937; Soppe, ZUM 2020, 712, 713 f.; a. A. Reber, ZUM 2020, 700, 707.

<sup>782</sup> Vgl. Rossbach, S. 317 f.; Zwengel, S. 26.

<sup>783</sup> Vgl. nur Zwengel, S. 27.

begegnet werden.<sup>784</sup> Die größten Schwierigkeiten der Einigungsvorschläge der Schiedsstelle bestanden bislang in ihrer mangelnden Verbindlichkeit und lediglich einseitigen Durchsetzbarkeit.<sup>785</sup> Zur besseren Durchsetzung der bereits zustande gekommenen gemeinsamen Vergütungsregeln wurde mit der Reform von 2016 in § 36b UrhG ein Verbandsklagerecht eingeführt. Dieses sieht bei einem Verstoß gegen gemeinsame Vergütungsregeln einen Unterlassungsanspruch gegen Werknutzer vor, die unmittelbar an die gemeinsamen Vergütungsregeln gebunden sind. Aktivlegitimiert sind Urheberverbände und Konkurrenten des in Anspruch genommenen Verwerter bzw. deren Vereinigungen, soweit sie Parteien der gemeinsamen Vergütungsregeln sind. Hierbei handelt es sich jedoch nicht um eine Verbandsklage im Sinne des § 8 UWG oder § 1 UKlaG, da sie keine Klagemöglichkeit aufgrund eines materiellen Verstoßes gegen gesetzliche Bestimmungen eröffnet.<sup>786</sup> Die Vereinigungen von Kreativen können weiterhin nicht gegen Nutzungsverträge vorgehen, die unter Verstoß gegen § 32 UrhG keine angemessene Vergütung vorsehen, oder die weitere Beteiligung nach § 32a UrhG durchsetzen.<sup>787</sup>

Es wird dafür plädiert, einmal aufgestellten Vergütungsregeln – wie auch den Tarifverträgen – keine zeitlich unbegrenzte Wirkung zuzuschreiben.<sup>788</sup> Insbesondere aufgrund des Anpassungsbedürfnisses und der Branchenkenntnis der an der Aufstellung beteiligten Vereinigungen sollen entsprechend der Kündigungsmöglichkeit von Tarifverträgen auch gemeinsame Vergütungsregeln trotz ihrer unterschiedlichen Rechtsnatur, die nicht vertragsrechtlicher Natur ist, befristet, gekündigt oder aufgehoben werden können.<sup>789</sup> Zum Teil wird dieses Instrument jedoch auch kritisch gesehen. Insbesondere wird die Befürchtung geäußert, dass die faktische Allgemeinverbindlichkeit der Verbandsklagerechte eine Verbandsflucht der Verwerter zur Folge haben könnte, was dann

---

<sup>784</sup> Vgl. hierzu insbesondere *Obergfell/Zurth*, ZGE/IPJ 2016, 1, 38.

<sup>785</sup> Vgl. nur BT-Drs. 18/8625, S. 18; *Leidl*, S. 212 ff.; *Ory*, AfP 2015, 389, 391 f.; *Roos*, S. 304, 320 ff.; *Soppe*, NJW 2018, 729, 733; *Spindler*, ZUM 2012, 921, 925.

<sup>786</sup> Vgl. *Lucas-Schloetter*, GRUR 2017, 235, 240; *Ory*, NJW 2017, 753, 756; *Peifer*, AfP 2018, 109, 113; auch wenn in BT-Drs. 18/8625, S. 19, 28 von „Verbandsklage“ die Rede ist.

<sup>787</sup> Vgl. *Lucas-Schloetter*, GRUR 2017, 235, 240.

<sup>788</sup> So *Wandtke/Leidl*, ZUM 2017, 609, 610.

<sup>789</sup> Vgl. *Wandtke/Leidl*, ZUM 2017, 609, 611 f.

kontraproduktiv wirke.<sup>790</sup> Die Folge könnten dann Diskussionen wie jene zu den sogenannten OT-Mitgliedschaften in Arbeitgeberverbänden sein.<sup>791</sup>

Dieses Verbandsklagerecht muss im Zuge der Umsetzung der DSM-RL aber insoweit erweitert werden, als nun auch eine kollektive Durchsetzung individueller Rechte möglich sein muss.<sup>792</sup> § 32g UrhG-E sieht insofern nunmehr die Möglichkeit einer Vertretung durch Urhebervereinigungen vor. Diese Regelung wird mangels eigenen Anspruchs der Vertretungsorganisation noch als mangelhaft kritisiert.<sup>793</sup>

Erwägungsgrund 79 hat ein alternatives Streitbeilegungsverfahren zum Gegenstand wegen der Scheu der Urheber und ausübenden Künstler, ihre Rechte vor einem Gericht einzuklagen. Art. 21 gibt den Mitgliedstaaten die Einrichtung eines alternativen Streitbeilegungsverfahrens für Streitigkeiten über die Transparenzpflicht und den Vertragsanpassungsmechanismus auf, welches Vertretungsorganisationen von Urhebern und ausübenden Künstlern einleiten können. Wegen der Vielzahl erwarteter zu entscheidender Fälle wird ein Verfahren ähnlich dem der Schiedsstelle nach § 124 VGG für weniger sinnvoll gehalten als ein „Schiedsmannwesen“ mit spezieller Zuständigkeit ähnlich § 105 UrhG oder branchenspezifische Schlichtungsstellen.<sup>794</sup> § 32f UrhG-E sieht nunmehr die Möglichkeit der Einleitung einer Mediation oder eines anderen freiwilligen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vor.

---

<sup>790</sup> Soppe, in: Ory/Cole, S. 169, 184; vgl. auch Grandjean, ZUM 2019, 409, 414.

<sup>791</sup> So Ory, AfP 2015, 389, 392.

<sup>792</sup> Vgl. nur Ory, AfP 2019, 287, 292; Peifer, GRUR 2020, 14, 17 f.

<sup>793</sup> Siehe nur Stellungnahme der Initiative Urheberrecht zum Diskussionsentwurf des BMJV vom 24.6.2020, abrufbar unter

[https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/073120\\_Stellungnahme\\_Initiative-Urheberrecht\\_RefE\\_Urheberrecht-II.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/073120_Stellungnahme_Initiative-Urheberrecht_RefE_Urheberrecht-II.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (zuletzt abgerufen am 13.12.2020), S. 22.

<sup>794</sup> Siehe hierzu Ory, AfP 2019, 287, 291; zur Anregung einer Zuständigkeit der Bühnenschiedsgerichte siehe Stellungnahme des Deutschen Bühnenvereins zur Umsetzung der EU-Richtlinie im Urheberrecht, abrufbar unter [https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/082919\\_Stellungnahme\\_Buehnenverein\\_EU-Richtlinien\\_Urheberrecht.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/082919_Stellungnahme_Buehnenverein_EU-Richtlinien_Urheberrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (zuletzt abgerufen am 13.12.2020).

### c) Vergütungsanspruch der ausübenden Künstler gegenüber den Tonträgerherstellern (§ 79a UrhG)

§ 79a UrhG sieht einen ausschließlich für ausübende Künstler geltenden gesetzlichen Vergütungsanspruch<sup>795</sup> vor. Dieser soll als begleitende Maßnahme zur Schutzdauerverlängerung sicherstellen, dass der Interpret, der seine ausschließlichen Rechte an den Tonträgerhersteller übertragen oder abgetreten hat, auch tatsächlich wirtschaftlich von dieser Verlängerung profitiert.<sup>796</sup> Die durch das Neunte Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes vom 2. Juli 2013<sup>797</sup> eingefügte Vorschrift dient der Umsetzung von Art. 3 Abs. 2b bis 2e Schutzdauer-RL<sup>798</sup> und hält sich eng an diese.<sup>799</sup> Der vom europäischen Gesetzgeber grundsätzlich eröffnete weite Umsetzungsspielraum<sup>800</sup> wurde also im deutschen Recht nicht ausgenutzt. Der Ausgleich des wirtschaftlichen Nachteils, der auf die Defizite des Interpretenvertragsrechts in den Mitgliedstaaten der EU zurückzuführen ist, das vielfach daran scheitert, eine wirtschaftlich angemessene Vergütung des ausübenden Künstlers sicherzustellen,<sup>801</sup> durch Art. 3 Abs. 1 S. 2 zweiter Gedankenstrich Schutzdauer-RL erfolgt unmittelbar auf Kosten der Allgemeinheit.<sup>802</sup> Man kann auch bezüglich der Schutzdauerverlängerung von einer „Subvention der Tonträgerhersteller auf Kosten der Nutzer“<sup>803</sup> sprechen, von der deshalb auch die ausübenden Künstler profitieren sollen.

Der Anspruch besteht neben denen aus § 77 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 27 und § 78 Abs. 2 Nr. 1 und 2 UrhG.<sup>804</sup> Er existiert in zwei Formen, je nachdem ob im zugrunde liegenden Übertragungsvertrag eine pauschale Vergütung durch einen sogenannten Buy-out-Vertrag ((1)) oder eine wiederkehrende Vergütung ((2)) vereinbart wurde.

---

<sup>795</sup> Vgl. Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, § 79a Rn. 2.

<sup>796</sup> Vgl. Dreier/Schulze, § 79a Rn. 1; Schricker/Loewenheim/Grünberger, Vor §§ 73 ff. Rn. 39, § 79 Rn. 140, § 79a Rn. 1; Büscher/Dittmer/Schiwy/Haberstumpf, Teil 1 Kap. 10 § 79a Rn. 3 f.; Möhring/Nicolini/Stang, § 79a Rn. 1.

<sup>797</sup> Neuntes Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes v. 2.7.2013, BGBl. I, 2013, S. 1940.

<sup>798</sup> Richtlinie 2011/77/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. September 2011 zur Änderung der Richtlinie 2006/116/EG über die Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte, ABl. L 265 v. 11.10.2011, S. 1.

<sup>799</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 79a Rn. 3 m. w. N.

<sup>800</sup> Vgl. nur Fromm/Nordemann/Schaefer, § 79a Rn. 6.

<sup>801</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 79a Rn. 4; Klass, ZUM 2008, 663, 664.

<sup>802</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 79a Rn. 4 m. w. N.

<sup>803</sup> Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 79a Rn. 5.

<sup>804</sup> Vgl. Dreier/Schulze, § 79a Rn. 1.

## **(1) Pauschale Vergütung durch Buy-out-Verträge (§ 79a Abs. 1 S. 1 UrhG)**

§ 79a Abs. 1 S. 1 UrhG gewährt dem Interpreten einen zusätzlichen Vergütungsanspruch, der die vertraglich geschuldete Pauschalvergütung ergänzt und nicht mit ihr verrechnet werden darf.<sup>805</sup> Hat der ausübende Künstler einem Tonträgerhersteller gegen Zahlung einer einmaligen Vergütung Rechte an seiner Darbietung eingeräumt oder übertragen, so hat der Tonträgerhersteller dem ausübenden Künstler eine zusätzliche Vergütung in Höhe von 20 Prozent der Einnahmen zu zahlen, die der Tonträgerhersteller aus der Vervielfältigung, dem Vertrieb und der Zugänglichmachung des Tonträgers erzielt, der die Darbietung enthält. Bei der gemeinsamen Darbietung mehrerer ausübender Künstler (§ 80 UrhG) stehen nach § 79a Abs. 3 S. 2 UrhG allen gemeinsam („insgesamt“) lediglich die 20% zu.<sup>806</sup> Die Aufteilung hat gleichmäßig zu erfolgen, da eine Gewichtung nach Mitwirkungsbeiträgen nach Jahren äußerst schwierig sein dürfte.<sup>807</sup> Eine damit möglicherweise verbundene Schlechterstellung ausübender Künstler, die eine wiederkehrende Vergütung erhalten, ist durch deren geringere Schutzbedürftigkeit gerechtfertigt.<sup>808</sup>

Diese Merkmale erfüllt zunächst der in § 79 Abs. 3 S. 1 UrhG als Vertrag, mit dem der ausübende Künstler dem Tonträgerhersteller seine Rechte an der Aufzeichnung der Darbietung eingeräumt oder übertragen hat, legal definierte sogenannte Übertragungsvertrag (Buy-out-Vertrag).<sup>809</sup> Erfasst werden alle rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen, die der Interpret bzw. der Vertreter der Interpretengruppe (§ 80 Abs. 2 UrhG) mit dem Tonträgerhersteller getroffen hat und die die Übertragung im weiteren Sinne, also entweder eine Übertragung gemäß § 79 Abs. 1 S. 1 UrhG oder eine Rechtseineräumung gemäß § 79 Abs. 2a UrhG von Interpretenrechten zum Gegenstand haben.<sup>810</sup> Nicht erfasst sind demnach audiovisuelle und visuelle Aufzeichnungen, z. B. auf DVD.<sup>811</sup> Dies wird

---

<sup>805</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 79a Rn. 11; Möhring/Nicolini/Stang, § 79a Rn. 7.

<sup>806</sup> Vgl. auch Dreier/Schulze, § 79a Rn. 6; Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 79a Rn. 1, 24; Dreier/Kotthoff/Meckel/Hentsch, § 79a Rn. 2.

<sup>807</sup> Gaillard, Rn. 207; Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 79a Rn. 32.

<sup>808</sup> Gaillard, Rn. 210 f.; Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 79a Rn. 32; a. A. Fromm/Nordemann/Schaefer, § 79a UrhG Rn. 22 f.

<sup>809</sup> Vgl. Dreier/Schulze, § 79a Rn. 4; Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 79a Rn. 12 f.; Dreier/Kotthoff/Meckel/Hentsch, § 79a Rn. 2; Möhring/Nicolini/Stang, § 79a Rn. 8 f.

<sup>810</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 79a Rn. 12.

<sup>811</sup> Vgl. Dreier/Schulze, § 79a Rn. 1; Wandtke/Bullinger, § 79a Rn. 3.

zum Teil für verfassungsrechtlich bedenklich gehalten.<sup>812</sup> Anspruchsberechtigt sind nur Interpreten, deren Darbietung auf einem Tonträger festgelegt worden ist.<sup>813</sup> Damit sind auch bestimmte Gruppen der ausübenden Künstler, deren Darbietung nicht auf einem Tonträger wahrnehmbar ist (wie Pantomimen oder Tänzer<sup>814</sup>), von dem Anspruch ausgeschlossen.

In Umsetzung von Art. 3 Abs. 2b S. 1 Schutzdauer-RL muss der Übertragungsvertrag jedoch dahingehend qualifiziert sein, dass der Tonträgerhersteller die Zahlung einer einmaligen, nicht wiederkehrenden Vergütung schuldet, was insbesondere bei dem sogenannten Buy-out-Vertrag und der Künstlerquittung der Fall ist.<sup>815</sup> Diese vermeintlich klare Abgrenzung wirft dennoch ein Problem auf.<sup>816</sup> Zur Lösung dieses Problems ist nicht auf den Wortlaut des Übertragungsvertrages abzustellen, sondern die darin vereinbarte Vergütung nach dem objektiven Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) auszulegen.<sup>817</sup>

Ein Problem entsteht, wenn der Tonträgerhersteller die Rechte an der Darbietung und am Tonträger, etwa in einem Bandübernahmevertrag, vollständig (translativ) übertragen und dafür innerhalb der alten Schutzdauer als Kaufpreis ein einmaliges Entgelt erzielt hat, sodass er im Verlängerungszeitraum keine Einnahmen mehr generiert und der Vergütungsanspruch des Interpreten leer läuft.<sup>818</sup> Hier sollte eine analoge Anwendung von § 79a Abs. 1 UrhG erfolgen, sodass dem Interpreten der Vergütungsanspruch unabhängig davon zusteht, wer die zusätzlichen Einnahmen erzielt, der Tonträgerhersteller oder dessen Vertragspartner.<sup>819</sup> Wenn der Tonträgerhersteller im Falle der Einräumung von Nutzungsrechten durch den Erhalt entsprechender Lizenzzahlungen ebenfalls Einnahmen erzielt, ist eine gesamtschuldnerische Haftung angezeigt.<sup>820</sup>

---

<sup>812</sup> So etwa *Gerlach*, ZUM 2003, 103, 106; *Wandtke/Bullinger*, § 79a Rn. 3.

<sup>813</sup> Vgl. *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 79a Rn. 12.

<sup>814</sup> Vgl. auch *Wandtke/Bullinger*, § 79a Rn. 3.

<sup>815</sup> Vgl. *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 79a Rn. 13.

<sup>816</sup> Siehe hierzu *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 79a Rn. 14.

<sup>817</sup> Vgl. *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 79a Rn. 14 m. w. N.

<sup>818</sup> Siehe hierzu *Gaillard*, Rn. 191 ff.; *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 79a Rn. 26 f. m. w. N.

<sup>819</sup> *Gaillard*, Rn. 192; *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 79a Rn. 27.

<sup>820</sup> *Gaillard*, Rn. 193; *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 79a Rn. 27.



Nach § 79a Abs. 1 S. 3 UrhG sind als Einnahmen die vom Tonträgerhersteller erzielten Einnahmen vor Abzug der Ausgaben anzusehen. Die Gesetzesbegründung verweist hierzu auf Erwägungsgrund 11 S. 2 der Schutzdauer-RL, der in der englischen Sprachfassung von „costs“ spricht.<sup>821</sup> In der deutschen Fassung ist dagegen die Rede von „Abgaben“. Daraus könnte man schließen, dass nicht einmal ein Abzug der Steuern erfolgt, sodass von den Bruttoerlösen auszugehen ist.<sup>822</sup> Da es sich hierbei jedoch offensichtlich um einen Übersetzungsfehler handelt, sind nicht die Netto-Einkünfte, sondern alle Einnahmen einschließlich vermögenswerter Vorteile, abzüglich allein der Umsatzsteuer, maßgeblich.<sup>823</sup>

Der Anspruch ist gemäß § 79a Abs. 3 UrhG unverzichtbar, verwertungsgesellschaftspflichtig und im Voraus nur an eine Verwertungsgesellschaft abtretbar. So findet sich auch im Wahrnehmungsvertrag der GVL eine entsprechende Einräumung.<sup>824</sup> Dadurch ist die wirtschaftliche Auswertung auch außerhalb etwaiger Abhängigkeitsverhältnisse zwischen Künstlern und ihren Produzenten möglich.<sup>825</sup>

§ 79a Abs. 4 UrhG beinhaltet schließlich noch in Umsetzung von Art. 3 Abs. 2c Schutzdauer-RL einen Auskunftsanspruch des ausübenden Künstlers gegenüber dem Tonträgerhersteller über die erzielten Einnahmen und sonstige, zur Bezifferung des Vergütungsanspruchs erforderliche Informationen. Durch diesen Anspruch soll die effektive Durchsetzung des Vergütungsanspruchs sichergestellt werden.<sup>826</sup> Der Anspruch steht nur dem Interpreten selbst und nicht der Verwertungsgesellschaft zu.<sup>827</sup> Da der Vergütungsanspruch allerdings wie erwähnt nur über eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden kann, liegt hier eine Diskrepanz vor, die einer Auflösung bedarf.<sup>828</sup> Um die

---

<sup>821</sup> BT-Dr. 17/12013, S. 12.

<sup>822</sup> So *Wandtke/Bullinger*, § 79a Rn. 9.

<sup>823</sup> Vgl. *Dreier/Schulze*, § 79a Rn. 5; *Gaillard*, Rn. 188 f.; *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 79a Rn. 21; *Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch*, § 79a Rn. 3; *Fromm/Nordemann/Schaefer*, § 79a UrhG Rn. 34 f.; *Möhring/Nicolini/Stang*, § 79a Rn. 13.

<sup>824</sup> GVL: Wahrnehmungsvertrag für ausübende Künstlerinnen und Künstler, abrufbar unter <https://www.gvl.de/gvl/dokumente-und-formulare> (zuletzt abgerufen am 13.12.2020), § 1 Abs. 1 Nr. 1 o).

<sup>825</sup> Vgl. *Gerlach*, ZUM 2003, 103, 107; *Wandtke/Bullinger*, § 79a Rn. 12.

<sup>826</sup> Vgl. nur *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 79a Rn. 33.

<sup>827</sup> Vgl. *Dreier/Schulze*, § 79a 12; *Gaillard*, GRUR 2013, 1099, 1101; *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 79a Rn. 1; *Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch*, § 79a Rn. 6.

<sup>828</sup> Zu diesem Problem siehe auch ausführlich *Gaillard*, Rn. 212.

angemessene Vergütung gewährleisten zu können, ist unbedingt ein Gleichlauf zwischen Auskunfts- und Vergütungsanspruch herzustellen. Denn nur wenn die Verwertungsgesellschaft auch Auskunft insbesondere über die erzielten Einnahmen erhält, ist sie in der Lage, den Vergütungsanspruch geltend zu machen. Daher wird teilweise vertreten, § 79 Abs. 3 S. 2 UrhG analog auf den Auskunftsanspruch anzuwenden.<sup>829</sup> Andere kommen zu demselben Ergebnis, indem sie von dem Abschluss des Wahrnehmungsvertrags auf eine konkludente Abtretung des Anspruchs an die Verwertungsgesellschaft schließen, sodass die Verwertungsgesellschaft den Anspruch im Wege der gewillkürten Prozessstandschaft im eigenen Namen geltend machen kann.<sup>830</sup> Im Wahrnehmungsvertrag der GVL wird dieser ausdrücklich auch der Auskunftsanspruch eingeräumt.<sup>831</sup>

## **(2) Wiederkehrende Vergütung (§ 79a Abs. 5 UrhG)**

Hat der ausübende Künstler einem Tonträgerhersteller gegen Zahlung einer wiederkehrenden Vergütung Rechte an seiner Darbietung eingeräumt oder übertragen, so darf der Tonträgerhersteller gemäß § 79a Abs. 5 UrhG nach Ablauf folgender Fristen weder Vorschüsse noch vertraglich festgelegte Abzüge von der Vergütung abziehen: 50 Jahre nach dem Erscheinen des Tonträgers, der die Darbietung enthält, oder 50 Jahre nach der ersten erlaubten Benutzung des die Darbietung enthaltenden Tonträgers zur öffentlichen Wiedergabe, wenn der Tonträger nicht erschienen ist. Bei einem Zusammenfallen der unterschiedlichen Vergütungsformen, etwa bei einer Orchesteraufnahme, wo die Solisten oder zusätzliche Musiker häufig Pauschalzahlungen erhalten, die Ensemblemitglieder dagegen meistens wiederkehrende Leistungen, erfolgt eine kumulative Anwendung.<sup>832</sup>

---

<sup>829</sup> So Schricker/Loewenheim/*Grünberger*, § 79a Rn. 33a.

<sup>830</sup> So *Dreier/Schulze*, § 79a 12; *Gaillard*, GRUR 2013, 1099, 1101; *Fromm/Nordemann/Schaefer*, § 79a UrhG Rn. 43; *Wandtke/Bullinger*, § 79a Rn. 14.

<sup>831</sup> GVL: Wahrnehmungsvertrag für ausübende Künstlerinnen und Künstler, abrufbar unter <https://www.gvl.de/gvl/dokumente-und-formulare> (zuletzt abgerufen am 13.12.2020), § 1 Abs. 1 Nr. 5.

<sup>832</sup> *Gaillard*, Rn. 210 f.; *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 79a Rn. 36.

#### **d) Zwischenergebnis**

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die auch für Urheber geltenden Auskunftsansprüche sowie das Verbandsklagerecht durch die DSM-RL einiger Anpassungen bedurften, welche eine deutliche Stärkung dieser Rechte und damit eine Erleichterung der Durchsetzung der Vergütungsansprüche erwarten lassen. So sind Informationen zur Auswertung künftig unaufgefordert von den Verwertern zu erteilen. Um dieses Schutzniveau nicht zu gefährden, sollten allerdings auch weiterhin kollektivrechtliche Vereinbarungen in diesem Bereich möglich sein. Es war also unbedingt an den bisherigen Errungenschaften festzuhalten und nicht die Möglichkeit kollektivrechtlicher Regelungen dort, wo sich solche gerade erst etabliert haben, wieder einzuschränken. Im Rahmen eines Mechanismus alternativer Streitbeilegung sollten Vertretungsorganisationen einen eigenen Anspruch geltend machen können. Schließlich haben die Interpreten einen direkten Vergütungsanspruch gegen den Tonträgerhersteller, der ihre angemessene Beteiligung an der Schutzfristenverlängerung sichert.

#### **3. Vergütung des ausübenden Künstlers für später bekannte Nutzungsarten (§ 79b UrhG)**

Die mit der Reform von 2016 eingefügte Vorschrift des § 79b UrhG entspricht dem früher ausdrücklich nicht für ausübende Künstler anwendbaren § 32c UrhG. Danach hat der ausübende Künstler Anspruch auf eine gesonderte angemessene Vergütung, wenn der Vertragspartner eine neue Art der Nutzung seiner Darbietung aufnimmt, die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vereinbart, aber noch unbekannt war. Damit wurde eine lange bestehende verfassungswidrige Ungleichbehandlung ausübender Künstler gegenüber den Urhebern beseitigt (a)). Untersucht werden sollen Rechtsnatur, Tatbestand und Rechtsfolge der Vorschrift (b)), bevor auf die Frage der Haftung bei Rechtseinräumung (c)) einzugehen ist.

## a) Beseitigung einer verfassungswidrigen Ungleichbehandlung

Durch die Vorschrift wurde die nach Ansicht vieler verfassungswidrige<sup>833</sup> Ungleichbehandlung der Interpreten gegenüber den Urhebern beseitigt oder jedenfalls abgemildert. Zum Teil wird in der vormaligen fehlenden Regelung ein Redaktionsversehen gesehen.<sup>834</sup> Der BGH hatte jedoch eine analoge Anwendung von § 31 Abs. 4 a.F., der Vorgängervorschrift des § 32c UrhG, auf die ausübenden Künstler mangels planwidriger Regelungslücke explizit abgelehnt.<sup>835</sup>

„Der wesentlichen Frage, ob es sich nicht ebenso wie im Falle des § 31 Abs. 5 – der auch nicht in den §§ 73 ff. aF genannt war – um einen allgemeinen Grundsatz des Urheberrechts handelt, der für seine Geltung im Leistungsschutz des ausübenden Künstlers nicht der ausdrücklichen Bezugnahme in einer Gesetzesvorschrift bedarf (vgl. BGH, GRUR 1979, 637, 638 f. – White Christmas; GRUR 1984, 119, 121 – Synchronisationssprecher), ist der BGH dabei nicht nachgegangen.“<sup>836</sup>

Dennoch wurde § 31 Abs. 4 UrhG von den Gerichten auf Verträge mit ausübenden Künstlern angewandt.<sup>837</sup> § 79b UrhG stellt nun sicher, dass auch die ausübenden Künstler eine finanzielle Kompensation für im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch unbekannte Nutzungsarten erhalten.<sup>838</sup> Systematisch wäre die Aufnahme von § 32c UrhG in die Verweisungsnorm des § 79 Abs. 2a UrhG einfacher und stimmiger gewesen.<sup>839</sup> Zur effektiven Rechtsdurchsetzung wäre zudem die Anwendbarkeit des Auskunftsanspruchs aus § 32c Abs. 1 S. 3 zu begrüßen.

---

<sup>833</sup> So etwa *Dünnwald*, ZUM 2004, 161, 167 f.; *ders./Gerlach*, § 79 Rn. 11; *ders.*, in: Hilty/Peukert, S. 61, 64 f.; *Grünberger*, Rn. 1138; *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 79b Rn. 2; *Krüger*, in: FS Nordemann, S. 343, 344; *ders.*, ZUM 2003, 122, 123 f.; *Rohweder*, UFITA 2015/III, 401, 457 ff.; *Wandtke*, ZUM 2004, 505, 508; *ders.*, ZUM 2015, 488, 493.

<sup>834</sup> So *Dreier/Schulze*, § 79b Rn. 1.

<sup>835</sup> BGH ZUM 2003, 229 – EROC III.

<sup>836</sup> *Dünnwald/Gerlach*, Einl. Rn. 61.

<sup>837</sup> Vgl. *Dünnwald*, in: FS Rehbinder, S. 233, 237 m. w. N. (Fn. 18).

<sup>838</sup> Vgl. *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 79b Rn. 4.

<sup>839</sup> So etwa auch *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 79b Rn. 3; *Fromm/Nordemann/Schaefer*, § 79b Rn. 3.

## b) Rechtsnatur, Tatbestand und Rechtsfolge

§ 79b UrhG ist kein vertraglicher, sondern ein gesetzlicher Vergütungsanspruch.<sup>840</sup> Verwertungsgesellschaftspflichtig ist der Anspruch – im Unterschied zu § 79a UrhG – jedoch nicht.<sup>841</sup> Dies schließt die Möglichkeit der freiwilligen Einräumung an eine Verwertungsgesellschaft zwar nicht aus<sup>842</sup>, der Wahrnehmungsvertrag der GVL sieht eine entsprechende Befugnis aber beispielsweise nicht vor.<sup>843</sup>

Voraussetzung ist zunächst ein Übertragungsvertrag. In den Künstlerverträgen sind in aller Regel auch alle zukünftig möglichen Verwertungshandlungen von der Rechtseinräumung umfasst.<sup>844</sup> Ferner muss es sich um eine unbekannte Nutzungsart handeln. Die ledigliche Ausweitung einer bereits bei Vertragsschluss bestehenden Nutzungsart reicht dabei nicht aus, vielmehr muss sie dem Publikum noch unbekannt gewesen sein.<sup>845</sup> Allerdings ist hierbei zu berücksichtigen, dass eine Nutzungsart nicht schon dann bekannt ist, „wenn sie technisch möglich ist, sondern erst, wenn sie auch wirtschaftlich bedeutsam und verwertbar geworden ist.“<sup>846</sup> Ferner muss die neue Nutzungsart auch tatsächlich aufgenommen worden und nicht lediglich beabsichtigt sein.<sup>847</sup> Dies setzt jedoch keine Gewinnerzielung voraus.<sup>848</sup>

Rechtsfolge ist ein Anspruch auf gesonderte angemessene Vergütung. Bezüglich der Angemessenheit verweist § 32c Abs. 1 S. 2 auf § 32 Abs. 2 und 4 UrhG. Dass dieser Verweis in § 79b UrhG fehlt, ist unschädlich, da die Regelungen über § 79 Abs. 2a UrhG entsprechend gelten.<sup>849</sup> Von daher kann auf die bei dem vertragsrechtlichen Mechanismus (siehe oben unter III.) dargestellte Pyramide aus Tarifverträgen, gemeinsamen Vergütungsregeln und der Bestimmung im

---

<sup>840</sup> Vgl. Dreier/Schulze, § 79b Rn. 10; Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 79b Rn. 10; Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, § 79b Rn. 2; Möhring/Nicolini/Stang, § 79b Rn. 1.

<sup>841</sup> Vgl. auch Dreier/Schulze, § 79b Rn. 1; Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, § 79b Rn. 3.

<sup>842</sup> Vgl. Dreier/Schulze, § 79b Rn. 1.

<sup>843</sup> Vgl. auch Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, § 79b Rn. 3.

<sup>844</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 79b Rn. 7.

<sup>845</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 79b Rn. 8.

<sup>846</sup> Dreier/Schulze, § 79b Rn. 4.

<sup>847</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 79b Rn. 9.

<sup>848</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 79b Rn. 9; Wandtke/Bullinger/Wandtke/Grunert, § 32c Rn. 10.

<sup>849</sup> Vgl. auch Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 79b Rn. 1, 12.

Einzelfall verwiesen werden.<sup>850</sup> Der relevante Zeitpunkt ist dabei derjenige der Nutzungsaufnahme.<sup>851</sup> Das Wort „gesonderte“ wirft die Frage nach dem Verhältnis des Anspruchs zu anderen Vorschriften auf. Bei § 32c UrhG und damit auch § 79b UrhG handelt es sich um einen gesetzlichen Anspruch *sui generis*, der zunächst unabhängig von vertraglich vereinbarten Vergütungsansprüchen besteht.<sup>852</sup> § 32 UrhG und § 32c UrhG (§ 79b UrhG) sind deshalb nebeneinander anwendbar und überlagern sich.<sup>853</sup> Auch § 32a UrhG bleibt neben § 32c UrhG (§ 79b UrhG) anwendbar, hier besteht Anspruchskonkurrenz.<sup>854</sup>

### c) Problem der Haftung bei Rechtseinräumung

Nach § 79 Abs. 2 UrhG haftet – entsprechend § 32c Abs. 2 UrhG – auch gegenüber dem Interpreten ein Dritter, welchem durch den Vertragspartner das Nutzungsrecht übertragen worden ist. Erfasst ist also nur der Fall einer Übertragung nach § 34 UrhG. Der Anspruch greift daher auch bei der Vollrechtsübertragung nach § 79 Abs. 1 UrhG.<sup>855</sup>

Umstritten ist jedoch, wer dem Interpreten haftet, wenn sein Vertragspartner dem Dritten lediglich gemäß § 35 UrhG Nutzungsrechte einräumt.<sup>856</sup> Nutzt der Vertragspartner selbst, nicht jedoch der Dritte (trotz Rechtseinräumung) die Darbietung auf die neue Art, haftet er nach § 79 Abs. 1 UrhG.<sup>857</sup> Für den Fall, dass jedoch nur der Dritte die Darbietung auf die neue unbekannte Art nutzt, wird (auch bei einer bloßen Rechtseinräumung) seine Haftung teilweise in analoger Anwendung des § 79 Abs. 2 S. 1 UrhG angenommen.<sup>858</sup> Gerechtfertigt wird dies damit, dass der gesetzliche Vergütungsanspruch des § 79b UrhG entsprechend

---

<sup>850</sup> Siehe auch Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 79b Rn. 13.

<sup>851</sup> Vgl. Fromm/Nordemann/Czychowski, § 32c Rn. 8; Dreier/Schulze, § 32c Rn. 18; Möhring/Nicolini/Soppe, § 32c Rn. 20; Schricker/Loewenheim/Spindler, § 32c Rn. 17; Wandtke/Bullinger/Wandtke/Grunert, § 32c Rn. 19; a. A. Dreier/Kotthoff/Meckel/Hentsch, § 32c Rn. 7, der auch hier auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abstellt.

<sup>852</sup> Vgl. Wandtke/Bullinger/Wandtke/Grunert, § 32c Rn. 21.

<sup>853</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 79b Rn. 11; Dreier/Schulze, § 32c Rn. 9; Wandtke/Bullinger/Wandtke/Grunert, § 32c Rn. 15.

<sup>854</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 79b Rn. 11; Dreier/Schulze, § 32c Rn. 10; Wandtke/Bullinger/Wandtke/Grunert, § 32c Rn. 25.

<sup>855</sup> Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 79b Rn. 17; vgl. hierzu auch Berger/Freyer, ZUM 2016, 569, 579.

<sup>856</sup> Zu dieser Problematik bei der Auftragsproduktion aufgrund des Dreiecksverhältnisses zwischen Urheber, Auftragsproduzent und Sender als zentralem Werknutzer siehe Kasten, ZUM 2010, 130, 131.

<sup>857</sup> Vgl. Dreier/Schulze, § 79 Rn. 10.

<sup>858</sup> So Dreier/Schulze, § 79 Rn. 10; a. A. Schricker/Loewenheim/Spindler, § 32c Rn. 36 (Haftung nur des Vertragspartners).

dem früheren § 31 Abs. 4 UrhG (Nichtigkeit der Rechtseinräumung für unbekannte Nutzungsarten) eine Schutzfunktion zugunsten der Interpreten habe.<sup>859</sup>

Zum Teil wird daraus geschlossen, dass der Dritte und der Vertragspartner nebeneinander haften.<sup>860</sup> Nach anderer Auffassung entfällt dann die Haftung des Vertragspartners nach § 32c Abs. 2 S. 2 UrhG.<sup>861</sup> Letzteres wäre – wenn schon eine analoge Anwendung erfolgen soll – nur konsequent. Problematisch an dieser Auffassung ist jedoch, dass das Gesetz bewusst zwischen der Rechtsübertragung und der Rechtseinräumung trennt und in § 79 Abs. 2 UrhG explizit nur auf erstere abstellt. Es fehlt mithin bereits an einer planwidrigen Regelungslücke. Der Vertragspartner haftet also auch bei einem Total Buy-out.

#### **d) Zwischenergebnis**

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass mit § 79b UrhG eine lange bestehende verfassungswidrige Ungleichbehandlung der ausübenden Künstler gegenüber den Urhebern beseitigt worden ist. Nunmehr haben auch die Interpreten neben den Ansprüchen aus §§ 32, 32a UrhG einen Anspruch auf gesonderte angemessene Vergütung für im Zeitpunkt der Rechtseinräumung noch unbekannte Nutzungsarten. Bei einer Unterlizenzierung durch Rechtseinräumung ist zu beachten, dass nach der gesetzlichen Konstruktion weiterhin nur der Vertragspartner haftet.

#### **4. Zusammenfassung**

Bezüglich der den interpretenvertragsrechtlichen Anspruch auf angemessene Vergütung flankierenden Instrumente bleibt abschließend festzuhalten, dass diese gesetzlichen Korrektive eine deutliche Verbesserung des vertragsrechtlichen Mechanismus zur Folge haben, dessen Mängel aber nicht abschließend ausgleichen können. Insbesondere die Regelung des § 32a UrhG hat zumindest in

---

<sup>859</sup> Vgl. Dreier/Schulze, § 79 Rn. 10; Dreier/Schulze, § 31a Rn. 1, § 32c Rn. 41.

<sup>860</sup> So Dreier/Schulze, § 32c Rn. 41.

<sup>861</sup> So Möhring/Nicolini/Soppe, § 32c Rn. 34; Wandtke/Bullinger/Wandtke/Grunert, § 32c Rn. 37, jeweils unter Verweis auf BT-Drs. 16/1828, S. 25 (Redaktionsversehen).

der Theorie eine wichtige Stärkung der Situation auch der ausübenden Künstler gebracht. Mittlerweile ist dies auch europarechtlich geboten. Allerdings ist die ergangene Rechtsprechung zu dieser Norm im Bereich der ausübenden Künstler (anders als bei den Urhebern, wie die Fülle an Entscheidungen zu Übersetzern zeigt) noch recht überschaubar, was nicht zuletzt an dem durch das erörterte „*Blacklisting*“ bedingten Durchsetzungsdefizit liegen dürfte. In den wenigen vorhandenen Urteilen erfolgt die Anwendung der Bestsellervergütung wiederum sehr zurückhaltend. Zu begrüßen wäre zudem eine verhältnismäßige Beteiligung nach französischem Vorbild.

§ 79a UrhG gewährt dem ausübenden Künstler bei einem Buyout nunmehr einen weiteren Anspruch gegen den Tonträgerhersteller. Auch mit der aus verfassungsrechtlicher Perspektive überfälligen Einführung einer Vergütung der ausübenden Künstler für später bekannte Nutzungsarten ist eine deutliche Verbesserung ihrer Situation eingetreten. Das Urhebervertragsrecht hat also sowohl 2002 als auch 2016 nicht zuletzt für die ausübenden Künstler eine nicht unerhebliche Stärkung ihrer finanziellen Lage gebracht. Insbesondere gibt es nun eine umfassende Gleichstellung mit den Urhebern. Nichtsdestotrotz bleiben einige der Lösung über einen Marktmechanismus immanente Defizite bestehen.

## **VI. Ergebnis**

Abschließend bleibt festzuhalten, dass das Interpretenvertragsrecht einige Mittel bereithält, um die angemessene Vergütung der ausübenden Künstler auch im digitalen Zeitalter sicherzustellen. Der Eingriff in die Privatautonomie durch die interpretenvertragsrechtlichen Instrumente ist durch die aufgrund eines strukturellen Ungleichgewichts gestörte Vertragsparität gerechtfertigt. Die häufig aus den in den Künstlerverträgen enthaltenen Marktlösungen resultierenden Benachteiligungen der Künstler können durch die im Zuge der beiden Urhebervertragsrechtsreformen von 2002 und 2016 verabschiedeten Neuregelungen zumindest ansatzweise abgefedert werden. Diese lassen dabei insbesondere im kollektiven Bereich einen großen Spielraum bezüglich der Wahl geeigneter Instrumente.



Die dadurch gewonnene Flexibilität wird für branchenspezifische Lösungen genutzt. Während etwa im Bereich der klassischen Musik eine umfangreiche Regelung in Tarifverträgen erfolgt, spielt im Filmbereich das Instrument der gemeinsamen Vergütungsregeln eine größere Rolle. Im individuellen Interpretenvertragsrecht bestehen dagegen größere Schwierigkeiten mit Blick auf die Ausgestaltung der unbestimmten Rechtsbegriffe. Dies betrifft insbesondere die selbständigen Künstler, aber auch die Situation von unselbständigen Künstlern außerhalb des Geltungsbereichs solcher kollektivrechtlichen Instrumente ist nicht ausreichend geklärt.

Die Untersuchung hat aber auch gezeigt, dass wie das Urheberrecht im weiteren Sinne auch das Interpretenrecht vor zahlreichen Herausforderungen steht, denen allein durch die Gewährung von Ausschließlichkeitsrechten und mittels des damit einhergehenden vertragsrechtlichen Mechanismus nicht ausreichend begegnet wird und werden kann. Vor allem das Problem der erschwerten Durchsetzung ist weiterhin nicht zufriedenstellend gelöst.



## **Kapitel 4**

### **Gesetzliche Vergütungsansprüche ausübender Künstler bei digitalen Nutzungshandlungen**

Im Folgenden sollen daher die gesetzlichen Vergütungsansprüche ausübender Künstler mit Blick auf ihre Bedeutung für eine angemessene Interpretenvergütung im Digitalzeitalter untersucht werden. Es handelt sich zum einen um die verwertungsgesellschaftspflichtige Ausgestaltung eines Ausschließlichkeitsrechts (I.). Neben den auch aus dem Urheberrecht bekannten Bereichen der (Kabel-) Weitersendung (II.), der Vermietung (III.) und des Verleihs (IV.) ist im Interpretenrecht ferner vor allem das Regime der Zweitverwertung im Bereich der Sendung und der öffentlichen Wahrnehmbarmachung (V.) relevant. Abschließend soll die Bedeutung der Verwertungsgesellschaften in diesem Bereich beleuchtet (VI.) und eine Systematisierung der verschiedenen Ansprüche vorgenommen werden (VII.).

#### **I. Verwertungsgesellschaftspflichtiges Ausschließlichkeitsrecht**

Wenn ein Ausschließlichkeitsrecht verwertungsgesellschaftspflichtig ausgestaltet wird, kann der ausübende Künstler es nicht mehr selbst geltend machen, ihm verbleibt jedoch der Anspruch gegen die Verwertungsgesellschaft, sodass es hier unter der Kategorie der *liability rule* behandelt wird. Es stellt sich die Frage, ob auch in der verwertungsgesellschaftspflichtigen Ausgestaltung der Ausschließlichkeitsrechte eine Lösung des Problems ihrer Durchsetzungsdefizite liegen könnte.<sup>862</sup> Dieses Modell, welches im Recht der ausübenden Künstler auch im Bereich der Primärverwertung bereits zur Anwendung kommt, kombiniert die Vorteile des Ausschließlichkeitsrechts, insbesondere die Gewährleistung der Vertragsfreiheit, mit den Möglichkeiten eines gesetzlichen Anspruchs, um dem Problem der gesteigerten Transaktionskosten zu begegnen.<sup>863</sup> Einziger gesetzlicher Anwendungsfall für ein verwertungsgesellschaftspflichtiges Ausschließlichkeitsrecht ist die Kabelweitersendung (1.), die zuletzt auf den Online-Bereich ausgeweitet worden ist (2.).

---

<sup>862</sup> So etwa für die Bereiche der öffentlichen Wiedergabe und des UGC Stieper, ZUM 2019, 211, 217.

<sup>863</sup> Vgl. auch Schack, Rn. 482; Skupin, ZUM 2019, 561, 563 f.

Im Folgenden sollen dabei wiederum die Funktion dieses Rechts mit Blick auf § 11 S. 2 UrhG in den Blick genommen werden.

### **1. Kabelweitersendung (§ 78 Abs. 4 i.V.m. § 20b Abs. 1 S. 1 UrhG)**

Nach § 78 Abs. 4 UrhG findet § 20b UrhG auf ausübende Künstler entsprechende Anwendung. Mit § 20b Abs. 1 S. 1 UrhG, welcher der Umsetzung von Art. 9 Abs. 1 SatKab-RL<sup>864</sup> dient, wurde erstmals ein verwertungsgesellschaftspflichtiges Ausschließlichkeitsrecht geschaffen.<sup>865</sup> Danach kann das Recht, ein gesendetes Werk im Rahmen eines zeitgleich, unverändert und vollständig weiterübertragenen Programms durch Kabelsysteme oder Mikrowellensysteme weiterzusenden (Kabelweitersendung), nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden. Dies führt insbesondere zu mehr Rechtssicherheit: Zum einen können sich die Kabelunternehmen darauf verlassen, dass sie über alle für die Weiterverbreitung erforderlichen Rechte verfügen, zum anderen werden ansonsten drohende Probleme bei grenzüberschreitenden Kabelweiterverbreitungsrechten innerhalb der Mitgliedstaaten vermieden.<sup>866</sup> Ausgeschlossen hiervon sind nach § 20b Abs. 1 S. 2 UrhG Rechte, die ein Sendeunternehmen in Bezug auf seine Sendungen geltend macht. § 20b Abs. 1 UrhG beinhaltet zwar kein eigenständiges Verwertungsrecht, da sich das Recht, ein geschütztes Werk per Kabel weiterzusenden bereits aus § 20 UrhG ergibt.<sup>867</sup> Es handelt sich jedoch um ein selbständiges Nutzungsrecht, das von sonstigen Rechten der Verwertung geschützter Werke im Wege der Sendung mit dinglicher Wirkung abgespalten werden kann.<sup>868</sup>

---

<sup>864</sup> Richtlinie 93/83/EWG des Rates vom 27. September 1993 zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung, ABl. L 248 v. 6.10.1993, S. 15.

<sup>865</sup> Vgl. hierzu *Plate*, S. 173–200.

<sup>866</sup> *Roos*, MMR 2019, 793, 796; siehe hierzu auch Stellungnahme der GEMA vom 6.9.2019 zur Umsetzung der DSM-RL und der SatCab-RL in deutsches Recht, abrufbar unter [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/090619\\_Stellungnahme\\_GEMA\\_EU-Richtlinien\\_Urheberrecht.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/090619_Stellungnahme_GEMA_EU-Richtlinien_Urheberrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=3) (zuletzt abgerufen am 24.5.2020), S. 83.

<sup>867</sup> Vgl. *Dreier/Schulze*, § 20b Rn. 1; *Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch*, § 20b Rn. 3; *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 78 Rn. 65.

<sup>868</sup> Vgl. *Dreier/Schulze*, § 20b Rn. 1; *Fromm/Nordemann/Dustmann*, § 20b Rn. 1.

## 2. Reichweite: Anwendbarkeit im Online-Bereich

Fraglich war bislang, wie weit dieser Tatbestand in Bezug auf digitale Angebote reicht.<sup>869</sup> Nach überwiegender Ansicht war jedenfalls IPTV bereits umfasst.<sup>870</sup> Hingegen war dies für OTT umstritten. Während diese Verbreitungsart nach einer Auffassung bislang nicht erfasst wurde<sup>871</sup>, war dies nach anderer Ansicht durchaus der Fall.<sup>872</sup> Das Online-Streaming war dagegen von der bisherigen gesetzlichen Regelung eindeutig nicht erfasst. Der europäische Gesetzgeber wollte die SatCab-RL daher (zunächst durch eine Verordnung) reformieren. Nachdem er sich schließlich – wie so oft<sup>873</sup> – für das Instrument der Richtlinie entschieden hat, war die Umsetzung der Online-SatCab-RL durch den nationalen Gesetzgeber abzuwarten. Jedenfalls müssen die Regelungen zur Kabelweiterverbreitung nach Art. 4 Abs. 1 Online-SatCab-RL jetzt auf sämtliche digitale Übertragungstechnologien wie IPTV, OTT und andere angewendet werden.<sup>874</sup> *De lege ferenda* bot die Umsetzung der Online-SatCab-Richtlinie also die Möglichkeit einer technologieneutralen Ausgestaltung, die dann auch das Streaming umfasst.<sup>875</sup> Entsprechend ist § 20b UrhG nunmehr technologieneutral ausgestaltet worden.

## 3. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass auch die verwertungsgesellschaftspflichtige Ausgestaltung eines Ausschließlichkeitsrechts wie im Bereich der Kabelweitersendung ein vielversprechendes Instrument zur Sicherung der angemessenen Vergütung der Kreativen ist. Dies hat insbesondere der europäische Gesetzgeber erkannt und mit der Verabschiedung der Online-

---

<sup>869</sup> Vgl. auch *Roos*, MMR 2019, 793, 794.

<sup>870</sup> Vgl. nur *Charissé*, ZUM 2019, 541, 543; *Niebler*, ZUM 2019, 545, 546 f.

<sup>871</sup> *Charissé*, ZUM 2019, 541, 543.

<sup>872</sup> *Niebler*, ZUM 2019, 545, 547.

<sup>873</sup> Zu den wenigen bereits erlassenen Verordnungen im Bereich des Urheberrechts siehe nur *Grandjean*, ZUM 2018, 265, 266 (mit Hinweisen zur Wahl des geeigneten Rechtsinstruments in der europäischen Gesetzgebung); *Roos*, MMR 2019, 793.

<sup>874</sup> Vgl. auch *Charissé*, ZUM 2019, 541, 542; *Roos*, MMR 2019, 793, 796.

<sup>875</sup> So etwa *Dörr*, ZUM 2019, 557, 559 f.; *Hofmann*, ZUM 2019, 551, 554 f.; *Niebler*, ZUM 2019, 545, 547 ff.; vgl. auch *Skupin*, ZUM 2019, 561, 564; Stellungnahme der GEMA vom 6.9.2019 zur Umsetzung der DSM-RL und der SatCab-RL in deutsches Recht, abrufbar unter [https://www.bmjjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/090619\\_Stellungnahme\\_GEMA\\_EU-Richtlinien\\_Urheberrecht.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bmjjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/090619_Stellungnahme_GEMA_EU-Richtlinien_Urheberrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=3) (zuletzt abgerufen am 24.5.2020), S. 80 ff. mit konkretem Regelungsvorschlag auf S. 89.

SatCab-RL den Weg freigemacht für eine entsprechende Ausdehnung des Rechts der Kabelweitersendung auf sämtliche Online-Nutzungsarten. Im Rahmen der Implementierung der unionsrechtlichen Vorgaben ist der vorhandene Umsetzungsspielraum des nationalen Gesetzgebers daher für eine technologieneutrale Ausgestaltung unter Beibehaltung der Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit genutzt worden.

## **II. Kabelweitersendung (§ 78 Abs. 4 i.V.m. § 20b Abs. 2 S. 1 UrhG)**

Die Vorschrift des § 78 Abs. 4 UrhG ordnet die entsprechende Anwendung von § 20b UrhG im Interpretenrecht an. Mit dem dort geregelten Recht der Kabelweitersendung wurden Art. 8 ff. SatKab-RL umgesetzt.<sup>876</sup> Diese Richtlinie sieht jedoch nur eine Mindestharmonisierung vor, wovon der zusätzliche Vergütungsanspruch der ausübenden Künstler aus § 78 Abs. 4 i.V.m. § 20b Abs. 2 S. 1 UrhG nicht umfasst ist.<sup>877</sup> Vor dem Hintergrund der §§ 32, 32a UrhG wird daher teilweise die Abschaffung von § 20b Abs. 2 UrhG gefordert.<sup>878</sup> Da die genannten urhebervertragsrechtlichen Vorschriften jedoch wie gesehen in ihrer praktischen Wirksamkeit beschränkt sind<sup>879</sup>, kommt dem Anspruch aus der Kabelweitersendung weiterhin eine nicht unerhebliche Bedeutung zu. Auch hier sollen Tatbestand (1.), Reichweite (2.) und Funktion (3.) jeweils mit Blick auf § 11 S. 2 UrhG untersucht werden.

### **1. Tatbestand**

Hat der ausübende Künstler das Recht der Kabelweitersendung einem Sendeunternehmen oder einem Tonträger- oder Filmhersteller eingeräumt, so hat das Kabelunternehmen nach § 78 Abs. 4 i.V.m. § 20b Abs. 2 S. 1 UrhG gleichwohl dem ausübenden Künstler eine angemessene Vergütung für die Kabelweitersendung zu zahlen. Der ausübende Künstler verfügt jedoch im Gegensatz zum Urheber nur in den von § 78 Abs. 1 Nr. 2 UrhG erfassten Fällen

---

<sup>876</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 78 Rn. 65; Schricker/Loewenheim/v. Ungern-Sternberg, § 20b Rn. 1.

<sup>877</sup> Vgl. BT-Drs. 13/4796, S. 14; Dünnwald/Gerlach, § 78 Rn. 43; Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 78 Rn. 8, 13; Schricker/Loewenheim/v. Ungern-Sternberg, § 20b Rn. 3.

<sup>878</sup> So etwa Charissé, ZUM 2019, 541, 543 f.

<sup>879</sup> Siehe auch Dünnwald/Gerlach, § 78 Rn. 43.

über ein ausschließliches Senderecht.<sup>880</sup> Nur hierauf bezieht sich daher auch der Vergütungsanspruch.<sup>881</sup>

Der Anspruch ist nach § 20b Abs. 2 S. 2 und S. 3 UrhG unverzichtbar und verwertungsgesellschaftspflichtig. Eine entsprechende Rechtseinräumung findet sich im Wahrnehmungsvertrag der GVL<sup>882</sup>, auch wenn dort fälschlicherweise noch immer § 78 Abs. 2 UrhG statt § 78 Abs. 4 UrhG aufgeführt ist.<sup>883</sup> Nach § 20b Abs. 2 S. 4 UrhG steht diese Regelung Tarifverträgen, Betriebsvereinbarungen und gemeinsamen Vergütungsregeln von Sendeunternehmen nicht entgegen, soweit dadurch dem ausübenden Künstler eine angemessene Vergütung für jede Kabelweitersendung eingeräumt wird. Bezüglich seiner Rechtsnatur ist § 20b Abs. 2 UrhG keine urheber- bzw. interpretenvertragsrechtliche Regelung, sondern ein eigenständiger gesetzlicher Anspruch.<sup>884</sup>

## **2. Reichweite: Anwendbarkeit im Online-Bereich**

Anpassungsbedarf hat sich zuletzt durch die Online-SatCab-RL ergeben. Dadurch soll die bereits durch die SatKab-RL erleichterte grenzüberschreitende Übertragung, die jedoch nur für Übertragungen über Satellit und die zeitgleiche, unveränderte und vollständige Weiterverbreitung von Fernseh- und Hörfunkprogrammen über Kabel- oder Mikrowellensysteme gilt (siehe hierzu bereits oben unter I. 1.), auch auf Online-Dienste und Weiterverbreitungen mittels einer anderen Technologie ausgedehnt werden (vgl. auch Erwägungsgrund 6 der Online-SatCab-RL). Gemäß Art. 4 Abs. 1 der Online-SatCab-RL bedarf jede Weiterverbreitung von Programmen der Erlaubnis der Inhaber des ausschließlichen Rechts der öffentlichen Wiedergabe.

Weiterverbreitung ist nach Art. 2 Nr. 2 der Online-SatCab-RL eine zum öffentlichen Empfang bestimmte zeitgleiche, unveränderte und vollständige

---

<sup>880</sup> Vgl. auch Schricker/Loewenheim/*Grünberger*, § 78 Rn. 2, 38 ff., 65.

<sup>881</sup> Vgl. auch Schricker/Loewenheim/*Grünberger*, § 78 Rn. 65; Fromm/Nordemann/*Schaefer*, § 78 Rn. 35 f.

<sup>882</sup> GVL: Wahrnehmungsvertrag für ausübende Künstlerinnen und Künstler, abrufbar unter <https://www.gvl.de/gvl/dokumente-und-formulare> (zuletzt abgerufen am 13.12.2020), § 1 Abs. 1 Nr. 1 b).

<sup>883</sup> Siehe bereits Schricker/Loewenheim/*Grünberger*, § 78 Rn. 65 Fn. 422.

<sup>884</sup> Vgl. *Dreier/Schulze*, § 20b Rn. 12; Möhring/Nicolini/*Hillig*, § 20b Rn. 16; Schricker/Loewenheim/v. *Ungern-Sternberg*, § 20b Rn. 42; a. A. BT-Drs. 13/4796, S. 10.

Weiterverbreitung einer Erstsending von zum öffentlichen Empfang bestimmten Fernseh- und Hörfunkprogrammen aus einem anderen Mitgliedstaat, ausgenommen die Kabelweiterverbreitung im Sinne der SatKab-RL, sofern diese Erstsending drahtgebunden oder drahtlos, einschließlich über Satellit, aber nicht online erfolgt, vorausgesetzt die Weiterverbreitung erfolgt durch eine andere Partei als das Sendeunternehmen, durch den oder unter dessen Kontrolle und Verantwortung diese Erstsending erfolgte, und zwar unabhängig davon, wie die weiterverbreitende Partei die programmtragenden Signale von dem Sendeunternehmen für die Weiterverbreitung erlangt, und die Weiterverbreitung über einen Internetzugangsdienst erfolgt in einer geordneten Umgebung. Letztere wird in Art. 2 Nr. 3 der Online-SatCab-RL wiederum definiert als eine Umgebung, in der der Betreiber von Weiterverbreitungsdiensten berechtigten Nutzern einen sicheren Weiterverbreitungsdienst erbringt.

### 3. Funktion

Der Zweck gesetzlicher Vergütungsansprüche neben Ausschließlichkeitsrechten besteht ebenfalls in einer Entschädigung. Hier hat der Rechtsinhaber es aber in der Hand, ob er gegen Zahlung einer Vergütung sein Recht überträgt. Damit ist dies die stärkste Form des Rechtsinhaberschutzes. Nach Erwägungsgrund 15 der Online-SatCab-RL sollten die Rechteinhaber für die Weiterverbreitung eine angemessene Vergütung erhalten. Abzustellen ist unter anderem auf den wirtschaftlichen Wert der Nutzung der Rechte, was auch den Wert der Mittel für die Weiterverbreitung umfasst.

Zum Teil wurde daher bereits bislang ein unabtretbarer und verwertungsgesellschaftspflichtiger Vergütungsanspruch bei Kabelweiterleitung in allen technischen Formen bei grenzüberschreitender Verbreitung von TV-Sendungen und Mediatheken entsprechend der deutschen Regelung in § 20b Abs. 2 UrhG gefordert.<sup>885</sup> Andere lehnen eine derartige technologieneutrale Ausgestaltung von § 20b Abs. 2 UrhG ab und forderten im Rahmen der

---

<sup>885</sup> So etwa *Pfennig*, ZUM 2018, 252, 259; siehe auch Stellungnahme der GEMA vom 6.9.2019 zur Umsetzung der DSM-RL und der SatCab-RL in deutsches Recht, abrufbar unter [https://www.bmju.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/090619\\_Stellungnahme\\_GEMA\\_EU-Richtlinien\\_Urheberrecht.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bmju.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/090619_Stellungnahme_GEMA_EU-Richtlinien_Urheberrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=3) (zuletzt abgerufen am 24.5.2020), S. 83.



Umsetzung der Online-SatCab-Richtlinie dessen komplette Streichung, da § 32 UrhG *lex specialis* sei.<sup>886</sup> § 20b UrhG sieht auch insofern nunmehr eine technologieneutrale Ausgestaltung der bisherigen Regelung vor.

#### **4. Zusammenfassung**

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der gesetzliche Vergütungsanspruch im Bereich der Kabelweitersendung als Vorbild für eine Anpassung des Urheberrechts an das digitale Zeitalter dienen kann. Zunächst war in Umsetzung der Online-SatCab-RL eine technologieneutrale Ausgestaltung angezeigt.

### **III. Vermietung (§ 77 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 27 Abs. 1 S. 1 UrhG)**

Die Richtlinie zum Vermietrecht und Verleihrecht von 1992 kombiniert Ausschließlichkeitsrecht (Art. 2) und Vergütungsanspruch (Art. 4), welche danach kumulativ nebeneinander und unabhängig voneinander bestehen. Für die ausübenden Künstler wurde das Vermietrecht damit – sowohl in Bezug auf das Ausschließlichkeitsrecht als auch in Bezug auf den Vergütungsanspruch – erstmalig europaweit geregelt. Auch im nationalen Recht sah das Gesetz bis dahin lediglich für die Urheber einen entsprechenden verwertungsgesellschaftspflichtigen Vergütungsanspruch vor.

Fraglich ist, ob durch die technische Ablösung der traditionellen Vermietungsmodelle durch digitale Geschäftsmodelle, insbesondere Online-Angebote auf Streaming-Plattformen, für die Kreativen insofern eine Rechtsschutzlücke entstanden ist, als sie lediglich noch über ihre Ausschließlichkeitsrechte für Vervielfältigung und öffentliche Zugänglichmachung verfügen, aber nicht mehr über den zusätzlichen Vergütungsanspruch, oder ob dieser auch in solchen Fällen noch zur Anwendung kommen kann. Es stellt sich die Frage, ob das Verbreitungs-, Vermiet- und Verleihrecht jeweils eigenständige, voneinander unabhängige Verwertungsrechte

---

<sup>886</sup> So etwa Charissé, ZUM 2019, 541, 543 f.

sind. Nach unionsrechtlicher Konzeption ist dies der Fall (siehe hierzu bereits oben im Kapitel 2 unter I. 3. b) und c)).<sup>887</sup>

§ 27 Abs. 1 S. 1 UrhG ist ein vermögensrechtlicher Anspruch eigener Art.<sup>888</sup> Andererseits ist er auch Ausfluss des Verbreitungsrechts, indem er als vom Sachverhalt der gesetzlichen Lizenz umfasst, als Ausnahme vom Erschöpfungsgrundsatz oder als Erweiterung des Verbreitungsrechts anzusehen ist.<sup>889</sup> An der Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift bestehen keine Zweifel.<sup>890</sup> Gemäß § 27 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 77 Abs. 2 S. 2 UrhG hat, wenn der ausübende Künstler das Vermietrecht (§ 17 UrhG) an einem Bild- oder Tonträger dem Tonträger- oder Filmhersteller eingeräumt hat, der Vermieter gleichwohl dem Interpreten eine angemessene Vergütung für die Vermietung zu zahlen. Das Wörtchen „gleichwohl“ betont, dass es sich hierbei um einen Vergütungsanspruch zusätzlich zu dem Ausschließlichkeitsrecht handelt (siehe hierzu bezüglich Kabelweitersendung bereits oben unter I. 1.). Das soll der Ausnahmefall bleiben.<sup>891</sup> Früher war auch das Vermietrecht vom Erschöpfungsgrundsatz erfasst, was einen gesetzlichen Vergütungsanspruch rechtfertigte, aber mit der Ausnahme des Vermietrechts vom Erschöpfungsgrundsatz hat der Anspruch nur noch dort eine Bedeutung, wo das Werk nicht in Verkehr gebracht worden oder die vereinbarte Vergütung unangemessen ist, denn dann entsteht eine zusätzliche Sicherung.<sup>892</sup> Der Anspruch ist unverzichtbar und verwertungsgesellschaftspflichtig. Er wird daher von der GVL wahrgenommen.<sup>893</sup>

Der Anspruch aus § 27 Abs. 1 S. 1 UrhG ist richtlinienkonform auszulegen.<sup>894</sup> Denn das Vermietrecht ist vollständig harmonisiert.<sup>895</sup> Offengelassen wird

---

<sup>887</sup> Vgl. EuGH ZUM 2017, 152 – Vereinig Openbare Bibliotheken; *Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch*, § 27 Rn. 6; *Grünberger*, ZUM 2015, 273, 274; *ders.*, in: FS Schulze, S. 67, 71 ff; a. A. v. *Lewinski*, in: FS Walter, S. 64, 76.

<sup>888</sup> Vgl. LG Oldenburg, GRUR 1996, 487, 488 – Videothek-Treffpunkt; *Fromm/Nordemann/Boddien*, § 27 Rn. 11; *Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch*, § 27 Rn. 15; *Schricker/Loewenheim*, § 27 Rn. 7; *Dreier/Schulze*, § 27 Rn. 10.

<sup>889</sup> Vgl. v. *Lewinski*, S. 8 f.

<sup>890</sup> Vgl. BVerfG GRUR 1972, 485, 486 – Bibliotheksgroschen; *Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch*, § 27 Rn. 4.

<sup>891</sup> Vgl. *Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch*, § 27 Rn. 1.

<sup>892</sup> Vgl. *Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch*, § 27 Rn. 13.

<sup>893</sup> GVL: Wahrnehmungsvertrag für ausübende Künstlerinnen und Künstler, abrufbar unter <https://www.gvl.de/gvl/dokumente-und-formulare> (zuletzt abgerufen am 13.12.2020), § 1 Abs. 1 Nr. 1 g).

<sup>894</sup> Vgl. BGH ZUM 2001, 793 – Kauf auf Probe; GRUR 2007, 50 – Le Corbusier-Möbel; BGHZ 171, 151 = ZUM 2007, 744 – Wagenfeld-Leuchte; GRUR 2009, 840 – Le Corbusier-Möbel II;

lediglich, ob der Anspruch verwertungsgesellschaftspflichtig ausgestaltet wird (Art. 5 Abs. 4 Vermiet- und Verleih-RL). Der deutsche Gesetzgeber hat sich mit der Regelung in § 27 Abs. 1 S. 3 UrhG dafür entschieden. Teilweise wird dem Vergütungsanspruch „grundlegende Bedeutung“ und „Modellcharakter“ attestiert, sodass er nicht auf die Vermietung beschränkt bleiben solle, sondern „ein allgemeines Modell für das Urhebervertragsrecht darstellen könnte.“<sup>896</sup> Der damit zwingend verbundene Eingriff in die Privatautonomie ist wie in anderen Bereichen, etwa dem Verbraucherrecht, zum Schutz der schwächeren Vertragspartei gerechtfertigt.<sup>897</sup>

Für die ausübenden Künstler ist mit der Umsetzung der Vermiet- und Verleih-RL wie erwähnt erstmals ein gesetzlicher Vergütungsanspruch geschaffen worden, der bis dahin nur für Urheber bestand.<sup>898</sup> Er ist eingeführt worden, da die ausübenden Künstler ihre Ausschließlichkeitsrechte regelmäßig an die Tonträgerhersteller abtreten.<sup>899</sup> Die Vermiet- und Verleih-RL, welche erstmals die Rechte ausübender Künstler gemeinschaftsweit verbindlich geregelt hat, ist damit die Reaktion des europäischen Gesetzgebers auf die technische Entwicklung hinsichtlich der Nutzungs- und Verwertungsmöglichkeiten urheberrechtlich geschützter Werke und bestimmter Gegenstände des Leistungsschutzes.<sup>900</sup> Die Rechtspositionen von Urheber und ausübendem Künstler sind nämlich gleich:<sup>901</sup>

„Letztendlich wirken die Bestimmungen der Vermiet- und Verleihrichtlinie für selbständige wie für unselbständige ausübende Künstler und Urheber gleichermaßen. Die Vergütungsregeln finden auf beide unterschiedslos Anwendung. Auch ein fest angestellter Orchestermusiker etwa besitzt somit einen unverzichtbaren Anspruch auf eine angemessene Vergütung für die Vermietung im Sinne der Richtlinie.“<sup>902</sup>

---

Büscher/Dittmer/Schiwy/Haberstumpf, Kap. 10 § 27 Rn. 1; Wandtke/Bullinger/Heerma, § 27 Rn. 4; Schricker/Loewenheim, § 27 Rn. 2.

<sup>895</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, Vor §§ 73 ff. Rn. 34, § 77 Rn. 8.

<sup>896</sup> Pech, ZUM 2017, 320, 322.

<sup>897</sup> Vgl. Pech, ZUM 2017, 320, 322.

<sup>898</sup> Vgl. Pech, ZUM 2017, 320, 323.

<sup>899</sup> Vgl. Pech, ZUM 2017, 320, 322.

<sup>900</sup> Vgl. Beining, S. 167 f.

<sup>901</sup> Vgl. auch Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 77 Rn. 50.

<sup>902</sup> Beining, S. 174 f.

Der durch den gesetzlichen Anspruch hervorgerufene Systembruch, in dem zugleich ein Eingriff in die interpretenvertragsrechtliche Gestaltungsfreiheit liegt, ist gerechtfertigt durch die Schutzbedürftigkeit der Interpreten wegen ihrer schwächeren Verhandlungsposition gegenüber dem Produzenten.<sup>903</sup> Allerdings gibt es in der Praxis durchaus wiederum branchenspezifische Unterschiede: Während sich die Tonträgerhersteller gegen eine Einräumung des Vermietrechts entschieden haben, um den Verkauf von Tonträgern nicht zu gefährden, wurde im Filmgeschäft dagegen die Vermietung gestattet, was die Videotheken zu wichtigen Verwertern machte.<sup>904</sup> Damit läuft der Anspruch des Interpreten häufig leer, weil die Tonträgerhersteller bereits die Vermietung untersagen.<sup>905</sup> Dagegen ist der Anspruch (zumindest theoretisch) im Filmgeschäft noch relevant<sup>906</sup>, obgleich auch hier die Vermietung im klassischen Sinn zunehmend von neuen Geschäftsmodellen des Digitalzeitalters verdrängt wird (siehe hierzu bereits oben im Kapitel 2 unter I. 3. b).<sup>907</sup> So hat die technologische Entwicklung verschiedenen neuen Modellen der Online-Vermietung auf den Markt verholfen. Sowohl Audio- als auch audiovisuelle Angebote werden dabei zunehmend auf Plattformen zum Live- oder On-Demand-Streaming oder zum Download angeboten. Es stellt sich daher die Frage, ob auch für diese Erscheinungsformen die angemessene Vergütung der ausübenden Künstler noch sichergestellt ist. Dabei ist zunächst zu untersuchen, ob diese Modelle direkt von dem bisherigen Anspruch erfasst sind (1.), bevor auf die Möglichkeit einer analogen Anwendung einzugehen ist (2.). Scheitert auch diese, muss nach Lösungen *de lege ferenda* gesucht werden (3.).

## **1. Keine direkte Anwendung auf Online-Streaming**

Eine direkte Anwendung von § 27 Abs. 1 S. 1 UrhG auf das Online-Streaming würde zunächst voraussetzen, dass dieses unter den Tatbestand des Vermietens subsumiert werden kann (a)). Hierbei ist auch die Auslegung dieses Merkmals durch den EuGH zu berücksichtigen (b)).

---

<sup>903</sup> Vgl. Wandtke/Bullinger/Heerma, § 27 Rn. 4.

<sup>904</sup> Vgl. nur Gerlach, ZUM 2017, 312, 313; Pech, ZUM 2017, 320, 322 f.

<sup>905</sup> Vgl. Wandtke/Bullinger/Büscher, § 77 Rn. 9; Dreier/Schulze, § 77 Rn. 8; Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 77 Rn. 48, 50; Kloth, S. 154.

<sup>906</sup> Vgl. Dreier/Schulze, § 77 Rn. 8.

<sup>907</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 77 Rn. 50.

### **a) Tatbestand: Begriff des „Vermietens“**

Hat der ausübende Künstler das Vermietrecht (§ 17) an einem Bild- oder Tonträger dem Tonträger- oder Filmhersteller eingeräumt, so hat der Vermieter nach § 77 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 27 Abs. 1 S. 1 UrhG gleichwohl dem Interpreten eine angemessene Vergütung für die Vermietung zu zahlen. Zum Begriff der „Vermietung“ findet sich eine Legaldefinition in § 17 Abs. 3 UrhG.<sup>908</sup> Danach ist dies die zeitlich begrenzte, unmittelbar oder mittelbar Erwerbszwecken dienende Gebrauchsüberlassung (S. 1). Nicht als Vermietung gilt unter anderem die Überlassung von Originalen oder Vervielfältigungsstücken im Rahmen eines Arbeits- oder Dienstverhältnisses zu dem ausschließlichen Zweck, bei der Erfüllung von Verpflichtungen aus dem Arbeits- oder Dienstverhältnis benutzt zu werden (S. 2 Nr. 2). Der urheberrechtliche Begriff der „Vermietung“ ist nicht mit dem zivilrechtlichen Mietbegriff i.S.d. §§ 535 ff. BGB gleichzusetzen, sodass die Entgeltlichkeit nicht zwingende Voraussetzung ist, entscheidend ist vielmehr, dass mit der Gebrauchsüberlassung erwerbswirtschaftliche Zwecke verfolgt werden.<sup>909</sup>

### **b) Auslegung durch den EuGH**

Die frühere Ansicht, nach der das Vermietrecht als Unterfall des Verbreitungsrechts aus § 17 Abs. 1 UrhG anzusehen ist (siehe hierzu bereits oben im Kapitel 2 unter I. 3. b)), ist seit der Entscheidung des EuGH „Peek und Cloppenburg“, wonach das Verbreitungsrecht nur tangiert ist, wenn eine Eigentumsübertragung stattgefunden hat<sup>910</sup>, nicht mehr haltbar.<sup>911</sup> Für den Begriff des „Bild- oder Tonträgers“ kann wiederum auf § 16 Abs. 2 UrhG zurückgegriffen werden.<sup>912</sup> Demnach sind dies Vorrichtungen zur wiederholbaren Wiedergabe von Bild- oder Tonfolgen (siehe hierzu bereits oben im Kapitel 2 unter I. 1. a)).

---

<sup>908</sup> Vgl. auch *Dünnwald/Gerlach*, § 77 Rn. 11; *Schricker/Loewenheim*, § 27 Rn. 8.

<sup>909</sup> Vgl. BGH GRUR 1972, 617, 618 – Werkbücherei; GRUR 1989, 417, 418 – Kauf mit Rückgaberecht; ZUM 2001, 793 – Kauf auf Probe; BT-Drs. 13/115, S. 12; *Fromm/Nordemann/Boddien*, § 27 Rn. 9; *Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch*, § 27 Rn. 19; *Fromm/Nordemann/Dustmann*, § 17 Rn. 39; *Hofmann*, ZUM 2018, 107, 109; v. *Lewinski*, S. 18 ff.; *dies.*, ZUM 1995, 442, 443; *Rehbinder*, ZUM 1996, 349, 353; *Schack*, Rn. 437, 506; *Schulze*, ZUM 2006, 543.

<sup>910</sup> EuGH ZUM 2008, 508, 510 – Peek & Cloppenburg.

<sup>911</sup> Vgl. auch *Hofmann*, ZUM 2018, 107, 109; *Schack*, Rn. 436.

<sup>912</sup> Vgl. *Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch*, § 27 Rn. 22.

Nun stellt sich zunächst die Frage, ob § 27 Abs. 1 S. 1 UrhG auch auf das Online-Streaming (direkt) anwendbar ist. Dies kann mit guten Gründen verneint werden, da in Art. 1 Abs. 1 der Vermietrichtlinie in Übereinstimmung mit den gemeinsamen Erklärungen zu Art. 7 WCT und Art. 9 WPPT das Vermietrecht ausdrücklich auf die körperliche Überlassung von Vervielfältigungsstücken beschränkt ist.<sup>913</sup> Zwar hat das Reichsgericht seinerzeit die Rundfunksendung noch als Verbreitung aufgefasst<sup>914</sup>, diese Rechtsprechung hat der BGH jedoch bereits 1953 aufgegeben.<sup>915</sup> Da sich das Vermietrecht (nach der nationalen Konzeption als Teil des Verbreitungsrechts) nach § 17 UrhG nur auf die körperliche Verwertung eines Werkes bezieht<sup>916</sup>, wohingegen das Streaming das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nach § 19a UrhG und damit das Recht der öffentlichen Wiedergabe betrifft<sup>917</sup>, wird eine direkte Anwendung zu Recht abgelehnt.<sup>918</sup> Schließlich entspricht diese Argumentation auch der jüngsten Rechtsprechung des EuGH.<sup>919</sup>

Deshalb werden auch „Video-on-Demand“-Angebote („Online-Videotheken“) einschließlich „Download-to-Rent“-Angeboten als nicht vom Vermietrecht umfasst angesehen, da Film und Musik hier nicht körperlich auf Datenträgern, sondern elektronisch (online) zur Verfügung gestellt werden, weshalb keine Vermietung eines Bild- oder Tonträgers erfolge.<sup>920</sup> Anders könnte sich dies höchstens für die (mittlerweile beinahe bereits überholten und daher hier nicht vertieft zu erörternden) Download-Modelle verhalten, wo durchaus verkehrsfähige Datenträger entstehen.<sup>921</sup> Zwar wird das ausschließliche Vermietrecht hier von dem vorrangigen Recht der öffentlichen

---

<sup>913</sup> So auch *Gerlach* ZUM 2017, 312, 314; v. *Lewinski*, in: FS Walter, S. 64, 68; *dies.*, GRUR Int. 1997, 667, 674; vgl. auch EuGH ZUM 2017, 152 – Vereinigung Openbare Bibliotheken.

<sup>914</sup> RGZ 113, 413; 136, 377.

<sup>915</sup> BGHZ 11, 135 – Lautsprecherübertragung; BGHZ 33, 38 – Künstlerlizenz Rundfunk; BGHZ 38, 356 – Fernseh wiedergabe von Sprachwerken; BGH GRUR 1972, 141 – Konzertveranstalter; BGHZ 129, 66 = ZUM 1995, 716 – Mauerbilder; KG GRUR 1983, 174 – Videoraukassetten.

<sup>916</sup> Vgl. *Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch*, § 27 Rn. 21; *Schricker/Loewenheim*, § 27 Rn. 17; *Dreier/Schulze*, § 17 Rn. 46; *Spindler/Schuster/Wiebe*, § 27 UrhG Rn. 3.

<sup>917</sup> Vgl. auch *Dreier/Schulze*, § 19a Rn. 6.

<sup>918</sup> So auch *Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch*, § 27 Rn. 2, 20; *Scheufele*, ZUM 2017, 316.

<sup>919</sup> EuGH ZUM 2017, 152 – Vereinigung Openbare Bibliotheken.

<sup>920</sup> So *Fromm/Nordemann/Boddien*, § 27 Rn. 6.

<sup>921</sup> Vgl. auch *Hilty*, GRUR 2018, 865, 869.

Zugänglichmachung verdrängt, daraus lässt sich jedoch noch keine Aussage über das Schicksal des hiervon unabhängigen Vergütungsanspruchs treffen.<sup>922</sup>

## **2. Analoge Anwendung auf Online-Streaming**

Nachdem eine direkte Anwendung jedenfalls beim Streamingmodell also nicht möglich ist, stellt sich die Frage, ob eine analoge Anwendung in Betracht kommt.<sup>923</sup> Dann müsste eine vom Gesetzgeber so nicht vorhergesehene Regelungslücke (a)) bei gleichzeitiger Vergleichbarkeit der Sachverhalte (b)) vorliegen.

### **a) Planwidrige Regelungslücke**

Die analoge Anwendung setzt zunächst eine planwidrige Regelungslücke voraus. Diese kann vorliegend mit dem Argument verneint werden, dass der nationale Gesetzgeber bei Schaffung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung in § 19a UrhG in Kenntnis der Tatsache, dass sich der Vergütungsanspruch nach § 27 Abs. 1 UrhG ausschließlich auf körperliche Vervielfältigungsstücke bezieht, dennoch keinen separaten Vergütungsanspruch für die öffentliche Zugänglichmachung eingeführt hat.<sup>924</sup>

Dafür spricht jedoch, dass die zunehmende Verdrängung der klassischen Vermietmodelle durch entsprechende Online-Angebote auf Plattformen für die Kreativen insofern zu einer „empfindlichen Rechtsschutzlücke“ führt, als die für die Online-Nutzung erforderlichen Ausschließlichkeitsrechte der Vervielfältigung und der öffentlichen Zugänglichmachung in aller Regel den Produzenten übertragen werden.<sup>925</sup> Diese durch die technologische Entwicklung bedingte Lücke konnte der Gesetzgeber so nicht vorhersehen, da die entsprechende Veränderung bei den Geschäftsmodellen im Musikmarkt nicht absehbar war.

---

<sup>922</sup> Schricker/Loewenheim/*Grünberger*, § 77 Rn. 48a, 50a.

<sup>923</sup> Vgl. auch *Grünberger*, ZUM 2017, 265, 268; Schricker/Loewenheim/*Grünberger*, § 77 Rn. 50; *Hofmann*, ZUM 2018, 107, 114.

<sup>924</sup> Vgl. *Scheufele*, ZUM 2017, 316; daher eine Regelungslücke und damit eine analoge Anwendung verneinend auch *Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch*, § 27 Rn. 20.

<sup>925</sup> Vgl. *Gerlach*, ZUM 2017, 312, 314.

Auch der enge, auf körperliche Vervielfältigungen beschränkte Vermietbegriff des EuGH<sup>926</sup> spricht nicht grundsätzlich gegen eine Analogie, da er sich nur auf das Ausschließlichkeitsrecht bezieht.<sup>927</sup> Nach Art. 9 Abs. 2 WPPT sind zudem nur Vergütungsansprüche anstelle eines Ausschließlichkeitsrechts ausgeschlossen.<sup>928</sup> Eine Regelungslücke kann daher mit guten Gründen angenommen werden, sodass eine analoge Anwendung von § 27 Abs. 1 UrhG auf Streaming-Dienste nicht *per se* ausgeschlossen ist.

## **b) Vergleichbarkeit der Sachverhalte**

Diese Regelungslücke darf jedoch nur durch eine analoge Anwendung geschlossen werden, wenn die Sachverhalte auch vergleichbar sind. Hierbei ist zunächst auf die Gründe für die Gewährung des zusätzlichen Vergütungsanspruchs bei der Vermietung einzugehen. Dieser dient wie auch die urheber- bzw. interpretenvertragsrechtlichen Vorschriften dem Schutz der Kreativen als regelmäßig schwächerer Vertragspartei, indem er dafür sorgt, dass diese an der wirtschaftlichen Verwertung angemessen beteiligt werden.<sup>929</sup> Die Gefahr, dass dies nicht der Fall ist, ist gerade bei den digitalen Geschäftsmodellen, wo die Interpretenrechte in aller Regel bei den Verwertern liegen, besonders groß. Insbesondere das On-Demand-Streaming als mittlerweile häufigste Erscheinungsform der Online-Auswertung ist daher vollständig vergleichbar.<sup>930</sup>

Die genannten Angebote auf Online-Plattformen unterscheiden sich von der Definition des § 535 BGB auch nur durch das Fehlen eines konkreten vermieteten körperlichen Vervielfältigungsstücks, was jedoch für den Werkgenuss auf Seiten des Nutzers keinen Unterschied macht.<sup>931</sup> Es erfolgte eine Substitution der klassischen Vermietung durch die digitalen Geschäftsmodelle, wobei es keine Rolle spielt, dass das Online-Streaming nunmehr die wichtigste Form der Erstverwertung ist, auch wenn das bei den substituierten Nutzungen nicht der Fall gewesen sein mag. Denn die in der Vermiet- und Verleih-RL vorgenommene

---

<sup>926</sup> EuGH ZUM 2017, 152, 155 – Vereinigung Openbare Bibliotheken.

<sup>927</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 77 Rn. 50b.

<sup>928</sup> Vgl. auch Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 77 Rn. 50b.

<sup>929</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 77 Rn. 50b.

<sup>930</sup> So etwa auch Gerlach, ZUM 2017, 312, 314.

<sup>931</sup> Vgl. auch Gerlach, ZUM 2017, 312, 314.



Differenzierung zwischen der Veräußerung und der Vermietung findet sich bei den digitalen Geschäftsmodellen gleichermaßen und manifestiert sich auch dort in einer unterschiedlichen Preisgestaltung.<sup>932</sup> Schließlich ist zu berücksichtigen, dass nach Erwägungsgrund 4 der Vermiet- und Verleih-RL der Schutz durch das Urheberrecht explizit an neue wirtschaftliche Entwicklungen, wie etwa neue Nutzungsarten, angepasst werden muss, was auch durch die Rechtsprechung zu erfolgen hat.<sup>933</sup> Damit sprechen im Ergebnis gute Argumente für eine analoge Anwendung von § 27 Abs. 1 UrhG auf das Online-Streaming.

### 3. Lösung *de lege ferenda*

Angesichts der großen wirtschaftlichen Bedeutung der Verwertungsrechte für die Kreativen bei gleichzeitiger Dynamik des technologischen Fortschritts inklusive der damit verbundenen Gefahren muss das Recht jedoch kontinuierlich an diese Entwicklung angepasst werden, um weiterhin adäquaten Schutz zu gewähren:

„Um ausübenden Künstlern eine Beteiligung an den neuen Verwertungsmöglichkeiten zu sichern, ist es notwendig, auf internationaler Ebene sowohl technische als auch rechtliche Schutzmechanismen vorzusehen. Dazu zählen die Einführung von Ausschließlichkeitsrechten in bezug auf die Darbietung und die Aufzeichnung der Darbietung. Diese müssen für alle Arten von Darbietungen (audio, visuelle und audiovisuelle) und Trägern (Tonträger, Bildträger und Bild-/Tonträger) gelten, um gerade im Film- und Fernsbereich Schutzlücken zu beseitigen. Außerdem muss die Rechtsübertragung mit einem unverzichtbaren Anspruch auf angemessene Vergütung im Falle der weiteren Verwertung verbunden werden, da sich in der Praxis zeigt, dass z. B. ein ausschließliches Vermietrecht nur dann vor einem in der Branche üblichen vollständigen „buy-out“ Bestand hat, wenn der Anspruch des ausübenden Künstlers auf angemessene Vergütung unverzichtbar ist und ihm auch über die Rechtsübertragung hinaus Zahlungen für die Vermietung zustehen.“<sup>934</sup>

---

<sup>932</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/*Grünberger*, § 77 Rn. 50b.

<sup>933</sup> EuGH ZUM 2017, 152, 156 – Vereinigting Openbare Bibliotheken; vgl. auch Schricker/Loewenheim/*Grünberger*, § 77 Rn. 50b.

<sup>934</sup> *Beining*, S. 267 f.

Daher ist auch über eine Lösung *de lege ferenda* nachzudenken. Hier kommt insbesondere ein gesetzlicher Vergütungsanspruch nach dem Vorbild von § 27 Abs. 1 UrhG in Betracht. Dieser wäre als direkter Anspruch gegen die Plattformbetreiber auszugestalten (a)). In anderen Rechtsordnungen wie etwa der Schweiz gibt es auch bereits eine vergleichbare Regelung, die durchaus als Orientierungshilfe dienen kann (b)).

#### **a) Direktvergütungsanspruch gegen Plattformbetreiber**

Verschiedentlich wurde in jüngster Zeit im Bereich der Plattformhaftung ein zusätzlicher gesetzlicher Vergütungsanspruch nach dem Vorbild von § 20b Abs. 2 und § 27 Abs. 1 UrhG vorgeschlagen.<sup>935</sup> Fraglich ist dabei insbesondere, ob sich dieser gegen den Verwerter oder den Plattformbetreiber richten soll.<sup>936</sup> Ein konkreter Vorschlag lautete beispielsweise:

„Hat der ausübende Künstler das Recht der Zugänglichmachung einem Dritten übertragen oder Nutzungsrechte hieran eingeräumt, so steht ihm gleichwohl unabhängig von den vertraglichen Abreden zur Einräumung dieses Rechts ein Vergütungsanspruch gegen die Plattformen zu.“<sup>937</sup>

Durch einen solchen zusätzlichen gesetzlichen Vergütungsanspruch behielten die Produzenten ihr Exklusivrecht und damit die Entscheidungsbefugnis über seine Einräumung und deren Bedingungen, zugleich wäre aber eine regelmäßige Beteiligung der Kreativen an den von der Plattform generierten Einnahmen gesichert.<sup>938</sup> Gegen das Argument, dass die Online-Plattformen mittlerweile eine Form der Erstverwertung ermöglichen, die von der Vermiet- und Verleih-RL nie intendiert war, wird eingewandt, dass dies für den Bereich der Videovermietung nicht galt.<sup>939</sup>

---

<sup>935</sup> Siehe nur Gerlach, ZUM 2017, 312, 315; Homar, in: Maute/Mackenrodt, S. 223, 244; Pfennig, ZUM 2019, 252, 254.

<sup>936</sup> Vgl. Homar, in: Hennemann/Sattler, S. 199, 215.

<sup>937</sup> Gerlach, ZUM 2017, 312, 315.

<sup>938</sup> Vgl. auch Gerlach, ZUM 2017, 312, 314 f.

<sup>939</sup> So Gerlach, ZUM 2017, 312, 314.

Dieser Anspruch, der auch in der Genese der DSM-RL intensiv diskutiert wurde, hat schlussendlich jedoch keinen Eingang in den neuen Rechtstext gefunden. Der europäische Gesetzgeber hat sich vielmehr wie bereits dargelegt für vertragliche Maßnahmen (Transparenzpflicht und Anpassungsanspruch) entschieden.<sup>940</sup> Allerdings erlaubt der den Mitgliedstaaten insbesondere in Art. 18 Abs. 2 gewährte Umsetzungsspielraum durchaus den Erlass eines Direktvergütungsanspruchs. Auch die Bundesregierung hatte sich in ihrer unmittelbar nach Erlass der Richtlinie abgegebenen Protokollerklärung für solche Direktvergütungsansprüche ausgesprochen, um die angemessene Vergütung der Kreativen zu sichern, „und zwar auch dann, wenn die Online-Rechte ausschließlich dem Label, Verlag oder Produzenten zustehen.“<sup>941</sup> Mit dem zusätzlichen Vergütungsanspruch für den Bereich der öffentlichen Zugänglichmachung dürfte jedoch keine Erweiterung des bisherigen Vergütungsregimes einhergehen.<sup>942</sup>

Es stellt sich daher die Frage des Umfangs eines solchen neuen Vergütungsanspruchs im Bereich des Streamings, insbesondere welche Verwertungsrechte berührt sein sollen und ob ein solcher Anspruch dann nur auf kostenpflichtige oder auch werbefinanzierte Streaming-Dienste oder ebenso auf UGC-Plattformen Anwendung finden soll.<sup>943</sup> Dabei wäre eine generelle Anwendbarkeit für jede Form der Online-Nutzung, also nicht nur im Bereich der Plattformen aus dem Anwendungsbereich der DSM-RL, vorzugswürdig.<sup>944</sup>

In dem bereits durch den Diskussionsentwurf des BMJV vom 24. Juni 2020 vorgeschlagenen neuen UrhDaG ist in § 4 Abs. 3 i.V.m. § 21 Abs. 2 ein solcher

---

<sup>940</sup> Siehe auch *Homar*, in: Maute/Mackenrodt, S. 223, 244.

<sup>941</sup> Erklärung der Bundesrepublik Deutschland zur Richtlinie über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte im Digitalen Binnenmarkt; insbesondere zu Artikel 17 der Richtlinie vom 15.4.2019, abrufbar unter [https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/PM/041519\\_Protokollerklaerung\\_Richtlinie\\_Urheber\\_recht.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/PM/041519_Protokollerklaerung_Richtlinie_Urheber_recht.pdf?__blob=publicationFile&v=1) (zuletzt abgerufen am 13.12.2020), Ziff. 9.

<sup>942</sup> So *Homar*, in: Hennemann/Sattler, S. 199, 216 f.

<sup>943</sup> Vgl. *Scheufele*, ZUM 2017, 316, 317.

<sup>944</sup> Vgl. auch Stellungnahme der Deutschen Orchestervereinigung e.V. zur Umsetzung der EU-Urheberrechts-Richtlinie (EU 2019/790) vom 20.8.2019, abrufbar unter [https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/082019\\_Stellungnahme\\_DOV\\_EU-Richtlinien\\_Urheberrecht.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/082019_Stellungnahme_DOV_EU-Richtlinien_Urheberrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (zuletzt abgerufen am 24.5.2020); Stellungnahme Schwerpunkte zur Umsetzung des Artikel 17 der DSM-Richtlinie vom 17.4.2019 der Initiative Urheberrecht sowie der deutschen Verwertungsgesellschaften GEMA, VG Bild-Kunst und VG Wort vom 6.5.2020, abrufbar unter [https://urheber.info/sites/default/files/story/files/200506\\_stellungnahme\\_art.17\\_ini\\_u\\_u\\_vgs\\_fin.pdf](https://urheber.info/sites/default/files/story/files/200506_stellungnahme_art.17_ini_u_u_vgs_fin.pdf) (zuletzt abgerufen am 13.12.2020), S. 4 f.

Direktvergütungsanspruch auch für die Interpreten vorgesehen, jedoch entsprechend dem Anwendungsbereich dieses Gesetzes beschränkt auf die Fälle der Plattformnutzung. Wie gesehen und auch in der Gesetzesbegründung erläutert kann das Urhebervertragsrecht gerade bei komplexen digitalen Verwertungen die angemessene Beteiligung der Kreativen an den von den Verwertern erzielten Einnahmen nicht immer gewährleisten.<sup>945</sup> Offen bleibt die Frage nach dem Verhältnis eines solchen Vergütungsanspruchs zu einer vertraglich vereinbarten Vergütung, da auch im internen Verhältnis zwischen Kreativen und Verwertern einfache und transparente Vergütungsstrukturen etabliert werden müssten.<sup>946</sup> Der Vorteil eines solchen Vergütungsanspruchs neben dem Ausschließlichkeitsrecht läge darin, dass die Entscheidungsbefugnis beim Rechteinhaber verbleibt.<sup>947</sup> Die internationalen Verträge stehen der Einführung eines solchen begleitenden Vergütungsanspruchs nicht entgegen:

„Für das ausschließliche Vermietrecht enthalten weder WCT noch WPPT eine ausdrückliche Grundlage für den durch die Vermietrichtlinie in Europa eingeführten begleitenden Vergütungsanspruch. Sie schließen lediglich zukünftige Vergütungsansprüche statt des Ausschließlichkeitsrechts aus. Hieraus kann *e contrario*<sup>948</sup> geschlossen werden, dass ein begleitender Vergütungsanspruch keine Verletzung eines Ausschließlichkeitsrechts darstellt. Das hat im Übrigen auch die EU-Kommission für den strukturell vergleichbaren deutschen Vergütungsanspruch für die Kabelweiterleitung nach § 20b Abs. 2 UrhG festgestellt, den die Kabel- und Satellitenrichtlinie ebenfalls nicht vorgesehen hat.“<sup>949</sup>

Und auch der BTAP bietet noch Umsetzungsspielraum. So könnte etwa die Umsetzung von Art. 12 Abs. 3 BTAP zum Anlass für die Einführung eines solchen direkten Vergütungsanspruchs ausübender Künstler bei Einräumung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung genommen werden.<sup>950</sup>

---

<sup>945</sup> Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 24. Juni 2020, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, abrufbar unter

[https://www.bmjjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE\\_II\\_Anpassung%20Urheberrecht\\_digitaler\\_Binnenmarkt.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_II_Anpassung%20Urheberrecht_digitaler_Binnenmarkt.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (zuletzt abgerufen am 13.12.2020), S. 89.

<sup>946</sup> Vgl. Homar, in: Hennemann/Sattler, S. 199, 217.

<sup>947</sup> Vgl. auch Gerlach, ZUM 2017, 312, 313.

<sup>948</sup> Hervorh. durch Verf.

<sup>949</sup> Gerlach, ZUM 2017, 312, 315.

<sup>950</sup> Vgl. auch Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 77 Rn. 50.

## **b) Vorbild Schweiz**

In der Schweiz wurde mit Gesetz vom 27. September 2019 im Anschluss an die Vorschrift des Art. 13 URG zur Vermietung mit Art. 13a sowie entsprechend für die ausübenden Künstler in Art. 35a eine am 1. April 2020 in Kraft getretene Regelung eingeführt, wonach die Kreativen für die öffentliche Zugänglichmachung von audiovisuellen Werken und darin enthaltenen Darbietungen einen Vergütungsanspruch erhalten. Dieser Anspruch steht den Urhebern und Interpreten also für die Verwertung von audiovisuellen Werken über Online-Plattformen (Video-on-Demand) zu.<sup>951</sup> Der Anspruch ist unübertragbar und unverzichtbar sowie verwertungsgesellschaftspflichtig ausgestaltet und soll an die Stelle einer Vergütung für die vertraglich vereinbarte Verwendung der Darbietung treten. Eine Ausnahme gilt für Archivwerke von Sendeunternehmen, für verwaiste Werke und für Firmenportraits, Industriefilme, Werbe- oder Promotionsfilme, Computerspiele sowie Dienst- oder Auftragswerke von Sendeunternehmen oder andere journalistische Dienst- und Auftragswerke. Letztere sollen insbesondere von diesen Unternehmen selbst oder in ihrem Auftrag und auf ihre Kosten produzierte Reportagen zur Tagesaktualität, Bildungsprogramme und Magazinsendungen, aber auch Unterhaltungsformate wie Quizsendungen, Game Shows, Reality-TV, umfassen.<sup>952</sup>

Mit diesem explizit auch den ausübenden Künstlern zustehenden Anspruch „soll eine gängige Schweizer Praxis in geltendes Recht übersetzt und so die internationale Akzeptanz dieser Praxis erhöht werden.“<sup>953</sup> Art. 13a (nicht aber Art. 35a) ist explizit nicht anwendbar auf in audiovisuellen Werken enthaltene Musik, die Urheber haben Anspruch auf einen angemessenen Anteil aus dem Erlös ihrer kollektiv verwerteten ausschließlichen Rechte. Hiermit soll wohl die auch hierzulande befürchtete Doppelvergütung ausgeschlossen werden. Insofern wäre auch im deutschen Recht ein solcher Ausschluss allenfalls im Bereich der Urheber vorzunehmen, da die ausschließlichen Rechte der Interpreten wie auch der Filmurheber nicht Gegenstand der kollektiven Rechtewahrnehmung sind. Ein

---

<sup>951</sup> Vgl. *Sykora*, KUR 2018, 10, 13; zu diesem Anspruch siehe auch *Egloff*, *sic!* 2018, 117.

<sup>952</sup> *Sykora*, KUR 2018, 10, 13.

<sup>953</sup> *Sykora*, KUR 2018, 10, 13.

entsprechender Anspruch wird auch in Deutschland bzw. wurde auch – vergeblich – auf europäischer Ebene gefordert:

„Ein derartiger Vergütungsanspruch könnte auch das Problem lösen, das daraus resultiert, dass in den „romanischen“ Ländern die Erstnutzungsrechte der audiovisuellen Autoren ebenfalls von Verwertungsgesellschaften verwaltet werden, während z. B. in Deutschland aufgrund von § 89 UrhG in der Regel die Vermutung der Rechtseinräumung zugunsten der Produzenten greift; hieraus ergeben sich unterschiedliche Konsequenzen für die internationale Verwertung, die durch einen einheitlichen Vergütungsanspruch entfallen würden.“<sup>954</sup>

#### 4. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass aufgrund der zunehmenden Ablösung der klassischen Vermietung durch digitale Geschäftsmodelle, namentlich das Online-Streaming, eine Anpassung des Rechts an die neuen technologischen Gegebenheiten angezeigt ist. Zwar kommt auch eine analoge Anwendung in Betracht, aber aus Rechtssicherheitsgründen ist eine Lösung *de lege ferenda* vorzuzugswürdig. Hierbei gibt es einige Vorbilder in anderen Rechtsordnungen. Der im UrhDaG nunmehr vorgesehene Direktvergütungsanspruch im Bereich der Plattformnutzung schlägt einen richtigen Weg ein, sollte jedoch nach schweizerischem Vorbild über die von dem Anwendungsbereich der DSM-RL erfassten Diensteanbieter hinausgehen.

#### IV. Verleihen (§ 77 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 27 Abs. 2 S. 1 UrhG)

Im Unterschied zum Vermietrecht beinhaltet das Verleihrecht keinen Verbotsanspruch.<sup>955</sup> Die Regelungen betreffend das Verleihrecht sehen dabei zudem im Unterschied zum Vermietrecht (siehe hierzu oben unter III.) lediglich eine Mindestharmonisierung mit beschränkten Wahlmöglichkeiten vor.<sup>956</sup> Auch hier sollen Tatbestand und Funktion des Anspruchs (1.) sowie seine Reichweite im Rahmen digitaler Nutzungshandlungen (2.) untersucht werden.

---

<sup>954</sup> Pfennig, ZUM 2018, 252, 254.

<sup>955</sup> Spindler/Schuster/Wiebe, § 27 UrhG Rn. 4.

<sup>956</sup> Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 77 Rn. 8.

## 1. Tatbestand und Funktion

Für das Verleihen von Originalen oder Vervielfältigungsstücken einer Darbietung, deren Weiterverbreitung nach § 17 Abs. 2 zulässig ist, ist dem ausübenden Künstler gemäß § 77 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 27 Abs. 2 S. 1 UrhG eine angemessene Vergütung zu zahlen, wenn die Originale oder Vervielfältigungsstücke durch eine der Öffentlichkeit zugängliche Einrichtung (Bücherei, Sammlung von Bild- oder Tonträgern oder anderer Originale oder Vervielfältigungsstücke) verliehen werden. Damit gewährt der deutsche Gesetzgeber den in Art. 6 Abs. 1 Vermiet- und Verleih-RL lediglich für Urheber zwingend vorgeschriebenen Vergütungsanspruch (siehe hierzu bereits oben im Kapitel 2 unter I. 3. c)) über die Verweisungsnorm des § 77 Abs. 2 S. 2 UrhG auch den ausübenden Künstlern.<sup>957</sup> Hier tritt der Vergütungsanspruch also an die Stelle des aufgrund des Erschöpfungsgrundsatzes nicht vorhandenen Verbotsrechts und kompensiert das Fehlen dieses Rechts. Auch § 27 Abs. 2 UrhG ist kein Verwertungsrecht, sondern ein vermögensrechtlicher Anspruch eigener Art.<sup>958</sup>

Laut § 27 Abs. 2 S. 2 UrhG entsteht der Vergütungsanspruch für das Verleihen von Vervielfältigungsstücken nur, wenn deren Weiterverbreitung nach § 17 Abs. 2 UrhG zulässig ist. Dieser Konzeption liegt das verbreitete nationale Verständnis<sup>959</sup> zugrunde, dass das Verleihen bis zum Inverkehrbringen des Vervielfältigungsstücks Teil des Verbreitungsrechts ist. Dies ist jedoch mittlerweile aufgrund unionsrechtlicher Vorgaben überholt.<sup>960</sup> Das Verleihen ist in richtlinienkonformer Auslegung vielmehr immer erlaubt, sodass auch der Vergütungsanspruch bei jedem Verleihen, unabhängig von seinem Zeitpunkt, entsteht.<sup>961</sup>

---

<sup>957</sup> BT-Drs. 13/115, S. 8; Schricker/Loewenheim/Grünberger, Vor §§ 73 ff. Rn. 35, § 77 Rn. 8, 51; Schricker/Loewenheim, § 27 Rn. 11;

<sup>958</sup> Schricker/Loewenheim, § 27 Rn. 21; Dreier/Schulze, § 27 Rn. 23.

<sup>959</sup> Vgl. statt vieler nur Dreier/Schulze, § 27 Rn. 15.

<sup>960</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 77 Rn. 49, 52.

<sup>961</sup> Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 77 Rn. 52.

Der Begriff des „Verleihens“ ist, da der gleiche Schutz mit derselben Vergütung intendiert ist, identisch auszulegen wie im Urheberrecht.<sup>962</sup> In § 27 Abs. 2 S. 2 UrhG (entspricht Art. 2 Abs. 1 lit. b) Vermiet- und Verleih-RL) findet sich eine entsprechende Legaldefinition. Danach ist das Verleihen die zeitlich begrenzte, weder unmittelbar noch mittelbar Erwerbszwecken dienende Gebrauchsüberlassung. Die Begriffe „Original“ und „Vervielfältigungsstück“ aus Art. 7 WCT betreffend das Vermietrecht sind auch für das nicht im WCT geregelte Verleihrecht in derselben Weise zu verstehen.<sup>963</sup>

Voraussetzung ist ferner, dass der Verleih durch eine der Öffentlichkeit zugängliche Einrichtung erfolgt. Dies ist jede Institution, die Vervielfältigungsstücke systematisch sammelt und der Öffentlichkeit zur Verfügung stellt.<sup>964</sup> Bezüglich des Begriffs der „Öffentlichkeit“ kann auf die Legaldefinition des § 15 Abs. 3 UrhG zurückgegriffen werden<sup>965</sup>, welche allerdings wiederum richtlinienkonform auszulegen ist (siehe hierzu bereits oben im Kapitel 2 unter II. 3. a)). Danach gehört zur Öffentlichkeit jeder, der nicht mit demjenigen, der das Werk verwertet, oder mit den anderen Personen, denen das Werk in unkörperlicher Form wahrnehmbar oder zugänglich gemacht wird, durch persönliche Beziehungen verbunden ist.

„Nicht erforderlich ist, dass die Werkexemplare gleichzeitig an alle Teilnehmer eines nicht näher abgegrenzten oder durch persönliche Beziehungen miteinander verbundenen Personenkreises verliehen werden; schon die erste Überlassung an eine dieser Personen reicht aus. Gemeint sind vor allem Stadtbüchereien, Staatsbibliotheken und, wenn sie nicht nur einem eingeweihten Kreis zur Verfügung stehen, auch Gerichts- und Universitätsbibliotheken.“<sup>966</sup>

Normzweck des Vergütungsanspruchs für das Verleihen ist die Kompensation des aufgrund der Erschöpfungswirkung fehlenden ausschließlichen Verleihrechts und damit des Nachteils, der den Kreativen durch die ohne ihre Genehmigung erfolgte

---

<sup>962</sup> BT-Drs. 13/115, S. 8; Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 77 Rn. 51; zum Begriff des Verleihens siehe auch Dünwald/Gerlach, § 77 Rn. 11; Wandtke/Bullinger/Heerma, § 27 Rn. 11.

<sup>963</sup> v. Lewinski, in: FS Walter, S. 64, 67 f.

<sup>964</sup> Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, § 27 Rn. 40; v. Lewinski, S. 26; Schricker/Loewenheim, § 27 Rn. 20.

<sup>965</sup> Fromm/Nordemann/Boddien, § 27 Rn. 21; Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, § 27 Rn. 40; Schricker/Loewenheim, § 27 Rn. 20.

<sup>966</sup> Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, § 27 Rn. 40.



Nutzung ihrer Werke entsteht, wobei der Umfang des Nachteils sowohl von der Anzahl der Entleiher abhängt als auch von der Anzahl der geschützten Objekte, die durch die öffentliche Einrichtung zum Gebrauch überlassen werden.<sup>967</sup> Damit sollen auch über das übliche Maß hinausgehende Nutzungen entsprechend vergütet werden.<sup>968</sup> Der Begriff der „Angemessenheit“ ist dabei in den Mitgliedstaaten unionsrechtlich autonom und einheitlich auszulegen, wobei aber jeder Mitgliedstaat eigenständig sachnahe Kriterien für sein Gebiet innerhalb der Grenzen des Gemeinschaftsrechts und der Richtlinie festsetzen kann, die Angemessenheit ist insbesondere anhand des wirtschaftlichen Wertes der Nutzung zu ermitteln.<sup>969</sup> Da die gleiche Vergütung von Urhebern und Interpreten beabsichtigt ist<sup>970</sup>, gilt dieses Begriffsverständnis auch im Interpretenrecht.<sup>971</sup>

Fraglich ist, ob der Anspruch verzichtbar und im Voraus an Dritte abtretbar ist. Das Gesetz trifft hier keine ausdrückliche Regelung. Dagegen spricht eine Gesamtanalogie zu den übrigen Vergütungsansprüchen des ausübenden Künstlers (§§ 20b Abs. 2 S. 2 und S. 3, 27 Abs. 1 S. 2 und 3, 63a, 78 Abs. 3 UrhG).<sup>972</sup> Unverzichtbarkeit und Abtretbarkeit im Voraus nur an eine Verwertungsgesellschaft gemäß § 27 Abs. 1 S. 2 und 3 UrhG sind zwar systematisch nur auf den Anspruch nach Abs. 1 bezogen. Mit Blick auf die Schutzbedürftigkeit wird aber zu Recht für eine Gleichbehandlung, also eine entsprechende Anwendung auf den Anspruch nach Abs. 2 plädiert.<sup>973</sup> Nach § 27 Abs. 3 UrhG kann auch dieser Anspruch nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden. Er ist entsprechend ebenfalls Gegenstand des Wahrnehmungsvertrages der GVL.<sup>974</sup>

---

<sup>967</sup> Vgl. EuGH ZUM-RD 2011, 1, 6 – Padawan/SGAE; ZUM-RD 2011, 453, 456 – VEWA (jeweils zum Urheber); Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 77 Rn. 51; Schricker/Loewenheim, § 27 Rn. 12, 22.

<sup>968</sup> Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, § 27 Rn. 39.

<sup>969</sup> Vgl. EuGH GRUR 2003, 325, 327 – SENA; Fromm/Nordemann/Boddien, § 27 Rn. 25; Schricker/Loewenheim, § 27 Rn. 22; Dreier/Schulze, § 27 Rn. 27.

<sup>970</sup> Vgl. BT-Drs. 13/115, S. 8.

<sup>971</sup> Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 77 Rn. 51.

<sup>972</sup> Dünnwald/Gerlach, § 77 Rn. 10; Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 77 Rn. 53; Loewenheim/Vogel, § 38 Rn. 78.

<sup>973</sup> Vgl. nur Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, § 27 Rn. 30, 42; Schricker/Loewenheim, § 27 Rn. 21; Dreier/Schulze, § 27 Rn. 25;

<sup>974</sup> GVL: Wahrnehmungsvertrag für ausübende Künstlerinnen und Künstler, abrufbar unter <https://www.gvl.de/gvl/dokumente-und-formulare> (zuletzt abgerufen am 13.12.2020), § 1 Abs. 1 Nr. 1 g).

## 2. Reichweite: Analoge Anwendung auf Online-Streaming

Auch bei diesem Vergütungsanspruch stellt sich die Frage, ob er auch bei digitalen Nutzungsvorgängen, also dem Verleih unkörperlicher Werke (etwa im Wege des Downloads) greift. Die Voraussetzung der Erschöpfung ist dabei allerdings wie erwähnt (siehe hierzu oben im Kapitel 2 unter I. 3. c)) als unmittelbare Folge des mittlerweile überholten Verständnisses, dass das Verleihen bis zum Inverkehrbringen des Vervielfältigungsstücks Teil des Verbreitungsrechts ist, abzulehnen, weshalb der Vergütungsanspruch nunmehr bei jedem Verleihen, unabhängig von seinem Zeitpunkt und auch ohne Eigentumsübertragung entsteht.<sup>975</sup> Daher wird zu Recht eine analoge Anwendung des Verleihrechts auf digitale Kopien (insbesondere E-Books) gefordert.<sup>976</sup> Dies hat der EuGH auch bezüglich E-Books explizit entschieden.<sup>977</sup> Danach ist jedenfalls die zeitlich beschränkte Gebrauchsüberlassung von E-Books im sogenannten „*One-copy-one-user-Modell*“ von der Vermiet- und Verleih-RL erfasst. Dies sollte in richtlinienkonformer Auslegung des § 27 Abs. 2 UrhG auch im nationalen Recht gelten, beschränkt auf solche Schutzgegenstände, die gemäß § 6 Abs. 1 UrhG der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden sind.<sup>978</sup>

Fraglich bleibt, ob über diesen konkreten Fall hinaus der Verleih digitaler Vervielfältigungsstücke gegen Zahlung einer Vergütung erlaubt ist. Dafür spricht neben den ähnlichen wirtschaftlichen, sozialen und technischen Voraussetzungen insbesondere auch, dass dies dem Ziel eines technologieneutralen Urheberrechts näherkommt.<sup>979</sup> Für eine analoge Anwendung spricht aber auch, dass nicht ersichtlich ist, warum die Kreativen trotz gleicher Möglichkeit des Werkgenusses im Falle digitaler Nutzungshandlungen schlechter gestellt werden sollen als bei Überlassung eines körperlichen Werkstückes.<sup>980</sup>

---

<sup>975</sup> Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 77 Rn. 52; Henke, S. 190.

<sup>976</sup> Spindler/Schuster/Wiebe, § 27 UrhG Rn. 5; a. A. Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, § 27 Rn. 40; Henke, S. 191; v. Lewinski, in: FS Walter, S. 64, 66 ff.; Schricker/Loewenheim, § 27 Rn. 17.

<sup>977</sup> EuGH ZUM 2017, 152 – Vereniging Openbare Bibliotheken.

<sup>978</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 77 Rn. 53; ders., ZUM 2017, 331, 334; ders., ZGE/IPJ 2017, 188, 207 f.; ders., in: FS Schulze, S. 67, 73 f.; zu den Voraussetzungen siehe auch Hofmann, ZUM 2018, 107, 113.

<sup>979</sup> Homar, in: Hennemann/Sattler, S. 199, 207; zum Ziel der Technologieneutralität vgl. auch Ohly, Gutachten F, S. 22 f.; für eine entsprechende Ausgestaltung *de lege ferenda* siehe auch Specht, in: FS Schulze, S. 413, 416.

<sup>980</sup> Möhring/Nicolini/Freudenberg, § 27 Rn. 40.

Durch den (verwertungsgesellschaftspflichtigen) gesetzlichen Vergütungsanspruch ist also sichergestellt, dass auch im Rahmen digitaler Verleihvorgänge eine angemessene Vergütung bei den Kreativen ankommt.

Nach anderer Auffassung soll in diesen Fällen besser am Ausschließlichkeitsrecht festgehalten werden, wobei auch ein zeitlich begrenztes Ausschließlichkeitsrecht mit anschließendem Vergütungsanspruch denkbar sei.<sup>981</sup> Der EuGH hat zwar bezüglich eines Computerprogramms bereits vor einigen Jahren in seiner „UsedSoft“-Entscheidung den Erschöpfungsgrundsatz wegen wirtschaftlicher Vergleichbarkeit auf den Verkauf einer unkörperlichen, nämlich aus dem Internet herunterzuladenden, Kopie erstreckt.<sup>982</sup> Bezüglich E-Books hat der EuGH jedoch jüngst unter Bezugnahme auf die entsprechenden Vorschriften des WCT und der InfoSoc-RL entschieden, dass deren Verleih nicht dem Verbreitungsrecht und damit auch nicht dem Erschöpfungsgrundsatz nach § 17 Abs. 2 UrhG unterfalle, sondern dem Recht der öffentlichen Zugänglichmachung<sup>983</sup> (siehe hierzu bereits oben im Kapitel 2 unter I. 3. d)). Dies überzeugt im Ergebnis, da die Qualität von E-Books mit zunehmendem Gebrauch nicht abnimmt.<sup>984</sup> Mit derselben Argumentation lassen sich daher auch andere digitale Werke, insbesondere Musikdateien, aus dem Anwendungsbereich des Erschöpfungsgrundsatzes ausnehmen.<sup>985</sup> Auch daran zeigt sich, dass eine Erschöpfungswirkung im digitalen Sektor keine Anwendung findet.

### 3. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass dem ausübenden Künstler im Falle des Verleihs lediglich ein Vergütungsanspruch zusteht. In richtlinienkonformer Auslegung ist eine Erschöpfungswirkung hierfür nicht erforderlich. Daher ist in analoger Anwendung auch der Verleih digitaler Kopien, etwa als Streaming von Musik oder Filmen zulässig, aber vergütungspflichtig. Dies ist mit Blick auf die Kompensationsfunktion dieses Vergütungsanspruchs gerechtfertigt.

---

<sup>981</sup> v. *Lewinski*, in: FS Walter, S. 64, 71, 74 f.

<sup>982</sup> EuGH ZUM 2012, 661 – UsedSoft.

<sup>983</sup> EuGH ZUM 2020, 129 – Tom Kabinet.

<sup>984</sup> Vgl. auch *Hofmann*, ZUM 2020, 136, 137; *Kuschel*, ZUM 2020, 138.

<sup>985</sup> Vgl. *Ohly*, GRUR 2020, 184, 186 m. w. N.

## V. § 78 Abs. 2 UrhG

Ein wichtiger Unterschied des Interpretenrechts zum Urheberrecht liegt in der Norm des § 78 Abs. 2 UrhG, wonach ausübende Künstler die Verwertung ihrer Darbietung etwa in Form der Sendung nicht verhindern können. Ihnen steht in diesen Fällen der Zweitverwertung lediglich ein Anspruch auf entsprechende Vergütung zu. Darin ist aber grundsätzlich keine Herabsetzung des Schutzes zu sehen:

„Diese Regelungen wird man jedoch als durchaus sach- und interessengerecht ansehen können, auch von seiten der ausübenden Künstler, da hier – wie auch in manch anderen Fällen – der gesetzliche Anspruch auf angemessene Vergütung (Unverzichtbarkeit und Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit vorausgesetzt) sinnvoller ist als ein Exklusivrecht, das stets dem vertraglichen Erwerb durch verhandlungsstärkere Verwerter ausgesetzt ist. Schwächer ist der Anspruch auf angemessene Vergütung in diesen Fällen auch nicht deshalb, weil der Tonträgerhersteller an der Vergütung des ausübenden Künstlers angemessen zu beteiligen ist (...) Schwächer ist der Vergütungsanspruch vielmehr insofern, als die Durchsetzung gegenüber dem Schuldner im Falle der Nichterfüllung nicht im gleichen Maße gesetzlich abgesichert ist.“<sup>986</sup>

Die Vorschrift des § 78 Abs. 2 UrhG, welche auf Art. 8 Abs. 2 Vermiet- und Verleih-RL, Art. 12 Rom-Abkommen und Art. 15 WPPT beruht, erfasst alle Fälle der mittelbaren Verwertung (Zweitverwertung<sup>987</sup>) einer festgelegten Darbietung (eines erlaubterweise hergestellten Bild- oder Tonträgers oder einer gesendeten oder öffentlich zugänglich gemachten Darbietung).<sup>988</sup> Dabei kommt mittlerweile dasselbe Verständnis der öffentlichen Wiedergabe zum Tragen wie bei den Ausschließlichkeitsrechten (siehe hierzu bereits oben im Kapitel 2 unter II. 1.).<sup>989</sup> § 78 Abs. 2 UrhG beinhaltet gesetzliche Vergütungsansprüche des ausübenden Künstlers im Falle der Sendung (1.), der öffentlichen Wahrnehmbarmachung von Bild- oder Tonträgern (2.) sowie der öffentlichen Wahrnehmbarmachung einer

---

<sup>986</sup> Dünwald, in: FS Rehbinder, S. 233, 246.

<sup>987</sup> Wandtke/Bullinger/Büscher, § 78 Rn. 2.

<sup>988</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 78 Rn. 1.

<sup>989</sup> Zur früheren Differenzierung siehe Grünberger, ZUM 2015, 273, 284; Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 78 Rn. 15; a. A. Leistner, GRUR 2014, 1145, 1153.

Sendung oder einer öffentlichen Zugänglichmachung (3.), wobei jeweils ihre Anwendbarkeit bei Online-Nutzungen zu untersuchen ist.

## 1. Sendung (§ 78 Abs. 2 Nr. 1 UrhG)

Nach § 78 Abs. 2 Nr. 1 UrhG ist dem ausübenden Künstler eine angemessene Vergütung zu zahlen, wenn die Darbietung nach Abs. 1 Nr. 2 erlaubterweise gesendet wird. Dieser Anspruch, welcher aufgrund der Umsetzung von Art. 8 Abs. 2 Vermiet- und Verleih-RL richtlinienkonform auszulegen ist, dient also der Kompensation für die Einschränkung des Senderechts durch das Sendeprivileg.<sup>990</sup> Nach einer Auffassung ist die Vorschrift zudem als Ausnahmeregelung eng auszulegen.<sup>991</sup> Dagegen spricht jedoch, dass die Nutzung nach dem BGH auch dann erlaubt, aber vergütungspflichtig ist, wenn sie dem Endverbraucher „weitergehende Verwendungsmöglichkeiten einräumt und damit die Primärverwertung stärker beeinträchtigen kann als die Übermittlung im Rahmen einer herkömmlichen Radiosendung.“<sup>992</sup>

In der Praxis hat dieser Anspruch eine beträchtliche Bedeutung für das Vergütungsaufkommen der GVL.<sup>993</sup> Man kann auch heute noch von der Haupteinnahmequelle sprechen.<sup>994</sup> So betrugen etwa in 2018 die Erträge aus Sendung (Radio, TV und Videoclips) bei Gesamteinnahmen von 230 Mio. Euro gut 92 Mio. Euro.<sup>995</sup> Dies bedeutet zugleich eine Steigerung im Vergleich zum Vorjahr um fast 6 Prozent.<sup>996</sup>

Der Sendungsbegriff ist wie auch in § 78 Abs. 1 Nr. 2 UrhG eng auszulegen. Es ist noch einmal die besondere Bedeutung der Abgrenzung zwischen Senderecht

---

<sup>990</sup> Vgl. Amtl. Begr. BT-Drs. IV/270, S. 91 f.; Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 78 Rn. 51.

<sup>991</sup> Vgl. Dreier/Schulze, § 78 Rn. 12; Fromm/Nordemann/Schaefer, § 78 Rn. 16; a. A. Dünnwald/Gerlach, § 78 Rn. 28; Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 78 Rn. 51.

<sup>992</sup> BGH ZUM 2004, 669 – Musikmehrkanaldienst.

<sup>993</sup> Vgl. Wandtke/Bullinger/Bücher, § 78 Rn. 15; Dünnwald/Gerlach, § 78 Rn. 50; Dreier/Schulze, § 78 Rn. 15; Schricker/Loewenheim/Grünberger, § 78 Rn. 51; Fromm/Nordemann/Schaefer, § 78 Rn. 15.

<sup>994</sup> So bereits Rossbach, S. 293 f.; zuletzt auch noch Spindler/Schuster/Wiebe, § 79 UrhG Rn. 3.

<sup>995</sup> Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten (Hrsg.): Geschäfts- und Transparenzbericht 2018, abrufbar unter <https://www.gvl.de/sites/default/files/publications/download/gvlgb2018webdoppelseitig.pdf> (zuletzt abgerufen am 13.12.2020), S. 10.

<sup>996</sup> GVL (Hrsg.): Geschäfts- und Transparenzbericht 2018, abrufbar unter <https://www.gvl.de/sites/default/files/publications/download/gvlgb2018webdoppelseitig.pdf> (zuletzt abgerufen am 13.12.2020), S. 10, 13.

und Recht der öffentlichen Zugänglichmachung im Interpretenrecht hervorzuheben (siehe hierzu bereits oben im Kapitel 2 unter II. 1. b)).

Umfasst ist nach dem Wahrnehmungsvertrag der GVL aber auch die Übertragung im Wege des IP-TV und unter Verwendung neuer Übertragungsstandards zum mobilen Empfang oder in mobilen Netzdiensten und in Form des Simulcastings oder Webcastings (siehe hierzu bereits oben im Kapitel 2 unter II. 2. b) (1)) über das Internet oder mobile Netzdienste.<sup>997</sup> IP-TV<sup>998</sup> ist die Übertragung in breitbandigen Multimediadiensten auf Basis des Internet-Protokolls (IP). IP-TV ist ausschließlich die nicht-interaktive Übertragung solcher Dienste in IP-basierten elektronischen Netzwerken außerhalb des Internets (World Wide Web).<sup>999</sup> Neue Übertragungsstandards zum mobilen Empfang sind solche, die die nicht-interaktive Übertragung von Programmsignalen via Satellit oder terrestrisch auf mobile Endgeräte ermöglichen (z. B. DVB-H).<sup>1000</sup> Mobile Netzdienste sind die für die öffentliche Mobiltelefonie genutzten Übertragungswege (z. B. über UMTS), soweit sie ausschließlich zur nicht-interaktiven Übertragung von Programmsignalen genutzt werden.<sup>1001</sup> Das Livestreaming ist also hiervon umfasst, On-Demand-Nutzungen jedoch nicht. Nach einer Ansicht ist diese „Herabsetzung“ eines vormals exklusiven Rechts zu einem bloßen Vergütungsanspruch nicht mehr gerechtfertigt (allerdings bezogen auf die Tonträgerhersteller).<sup>1002</sup>

Die Gewährung eines Vergütungsanspruchs anstelle eines Verbotsrechts hat ihren Grund in der Befürchtung, dass die Interpreten ein Ausschließlichkeitsrecht dazu einsetzen könnten, zum Erhalt der Nachfrage nach Live-Darbietungen die Zweitverwertung zu verhindern.<sup>1003</sup> Allerdings lässt sich für die ausübenden

---

<sup>997</sup> GVL: Wahrnehmungsvertrag für ausübende Künstlerinnen und Künstler, abrufbar unter <https://www.gvl.de/gvl/dokumente-und-formulare> (zuletzt abgerufen am 13.12.2020), § 1 Abs. 1 Nr. 1 a).

<sup>998</sup> Zu dieser Nutzungsform siehe auch v. Gerlach, S. 49 f.

<sup>999</sup> GVL: Wahrnehmungsvertrag für ausübende Künstlerinnen und Künstler, abrufbar unter <https://www.gvl.de/gvl/dokumente-und-formulare> (zuletzt abgerufen am 13.12.2020), § 2 Abs. 2.

<sup>1000</sup> GVL: Wahrnehmungsvertrag für ausübende Künstlerinnen und Künstler, abrufbar unter <https://www.gvl.de/gvl/dokumente-und-formulare> (zuletzt abgerufen am 13.12.2020), § 2 Abs. 3.

<sup>1001</sup> GVL: Wahrnehmungsvertrag für ausübende Künstlerinnen und Künstler, abrufbar unter <https://www.gvl.de/gvl/dokumente-und-formulare> (zuletzt abgerufen am 13.12.2020), § 2 Abs. 4.

<sup>1002</sup> Schwenzer, GRUR Int. 2001, 722, 732.

<sup>1003</sup> Vgl. Amtl. Begr. BT-Drs. IV/270, S. 92; Breuer, ZUM 2010, 301, 308; Schorn, GRUR Int. 1983, 167, 170; Schwenzer, GRUR Int. 2001, 722, 726.

Künstler nur bei Gewährung eines Ausschließlichkeitsrechts ein nach den marktwirtschaftlichen Prinzipien angemessener Preis erreichen.<sup>1004</sup>

## **2. Öffentliche Wahrnehmbarmachung von Bild- oder Tonträgern (§ 78 Abs. 2 Nr. 2 UrhG)**

Nach § 78 Abs. 2 Nr. 2 UrhG ist dem ausübenden Künstler ferner eine angemessene Vergütung zu zahlen, wenn die Darbietung mittels Bild- oder Tonträger öffentlich wahrnehmbar gemacht wird. Die Vorschrift dient der Umsetzung von Art. 8 Abs. 2 Vermiet- und Verleih-RL, der für eine öffentliche Wiedergabe die Zahlung einer einzigen angemessenen Vergütung durch den Nutzer und die Aufteilung dieser Vergütung auf die ausübenden Künstler und die Tonträgerhersteller vorsieht. Die öffentliche Wahrnehmbarmachung ist daher richtlinienkonform im Sinne einer öffentlichen Wiedergabe zu verstehen.<sup>1005</sup> Damit soll verhindert werden, dass der ausübende Künstler gegen die Interessen des Urhebers die Verwertung des Werkes einschränkt.<sup>1006</sup> Diesem Bereich wird schon seit langem eine deutlich geringere praktische Bedeutung zugesprochen als der Sendevergütung.<sup>1007</sup> Der Anspruch ist ebenfalls Gegenstand der Wahrnehmung durch die GVL.<sup>1008</sup> Auch diese Vorschrift kann jedoch nicht für Online-Nutzungen, insbesondere durch Streaming, angewendet werden.

## **3. Öffentliche Wahrnehmbarmachung von Sendung oder öffentlicher Zugänglichmachung (§ 78 Abs. 2 Nr. 3 UrhG)**

Schließlich ist dem ausübenden Künstler nach § 78 Abs. 2 Nr. 3 UrhG auch dann eine angemessene Vergütung zu zahlen, wenn die Sendung oder die auf öffentlicher Zugänglichmachung beruhende Wiedergabe der Darbietung öffentlich wahrnehmbar gemacht wird. Davon sind sowohl die Zweit- (öffentliche Wahrnehmbarmachung der gesendeten Live-Darbietung) als auch die Drittverwertung (Sendung bzw. öffentliche Zugänglichmachung der auf Bild-

---

<sup>1004</sup> Vgl. *Breuer*, ZUM 2010, 301, 308; *Schwenzer*, GRUR Int. 2001, 722, 7254 f.

<sup>1005</sup> Vgl. *Schricker/Loewenheim/Grünberger*, § 78 Rn. 56.

<sup>1006</sup> Vgl. *Wandtke/Bullinger/Büscher*, § 78 Rn. 22; *Dreier/Schulze*, § 78 Rn. 16; *Büscher/Ditmer/Schiwy/Pielsticker*, Teil 1 Kap. 10 § 78 Rn. 15.

<sup>1007</sup> Vgl. nur *Rossbach*, S. 295.

<sup>1008</sup> GVL: Wahrnehmungsvertrag für ausübende Künstlerinnen und Künstler, abrufbar unter <https://www.gvl.de/gvl/dokumente-und-formulare> (zuletzt abgerufen am 13.12.2020), § 1 Abs. 1 Nr. 1 c).

oder Tonträger aufgenommenen Darbietung) umfasst. Auch diese Norm ist richtlinienkonform auszulegen. Der Anspruch wird ebenfalls durch die GVL wahrgenommen.<sup>1009</sup>

Die Anwendung dieses Vergütungsanspruchs auf das Online-Streaming ist aber eher fragwürdig und nach einer Ansicht jedenfalls beschränkt auf etwa die Musikbox in einer Gaststätte, welche „die Musik über das Streaming-Verfahren bezieht und anschließend öffentlich wahrnehmbar macht.“<sup>1010</sup> So hat das OLG Hamburg auch bereits vor zehn Jahren entschieden, dass ein Angebot, bei dem Tonaufnahmen im Internet im sogenannten Streaming-Verfahren für Dritte, die bei ihm ein Abonnement unterhalten, hörbar gemacht werden, nicht i.S.v. § 78 Abs. 2 Nr. 3 UrhG „öffentlich wahrnehmbar“ gemacht wird.<sup>1011</sup>

Diese Lösung über einen Vergütungsanspruch anstelle des entsprechenden Ausschließlichkeitsrechts hätte allerdings den Vorteil, dass er dem ausübenden Künstler unabhängig von einem vertraglichen Verhandlungserfolg gewährt wird.<sup>1012</sup> Nachteilig ist dagegen, dass ihm auf diese Weise die Kontrolle über die Nutzung entzogen wird.<sup>1013</sup> Zum Teil wird sich daher auch für eine Ausweitung der Ausschließlichkeitsrechte in diesem Bereich ausgesprochen.<sup>1014</sup>

#### **4. Zusammenfassung**

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass im Bereich der Zweitverwertung das Interpretenrecht auf gesetzliche Vergütungsansprüche begrenzt ist. Die Kontrolle über die Nutzung ihrer Darbietungen ist den Interpreten in diesem Bereich mangels Gewährung eines Ausschließlichkeitsrechts genommen. Dafür ist durch den gesetzlichen Vergütungsanspruch unabhängig vom Verhandlungserfolg ihre angemessene Beteiligung an den Verwertungserlösen sichergestellt.

---

<sup>1009</sup> GVL: Wahrnehmungsvertrag für ausübende Künstlerinnen und Künstler, abrufbar unter <https://www.gvl.de/gvl/dokumente-und-formulare> (zuletzt abgerufen am 13.12.2020), § 1 Abs. 1 Nr. 1 c).

<sup>1010</sup> Scheufele, ZUM 2017, 316, 317.

<sup>1011</sup> OLG Hamburg ZUM 2009, 414, 416 – Stay Tuned III.

<sup>1012</sup> Vgl. Gerlach, ZUM 2017, 312, 313.

<sup>1013</sup> Vgl. Gerlach, ZUM 2017, 312, 313.

<sup>1014</sup> Vgl. etwa Beining, S. 262.



## VI. Rolle der Verwertungsgesellschaften

Eine besondere Bedeutung kommt im Bereich der gesetzlichen Vergütungsansprüche den Verwertungsgesellschaften zu. So ist etwa bei der (Kabel-)Weitersehung bereits das Ausschließlichkeitsrecht verwertungsgesellschaftspflichtig. Auch können einige der untersuchten Vergütungsansprüche, wie etwa diejenigen aus der (Kabel-)Weitersehung oder aus Vermietung und Verleih, nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden. Aber auch mit anderen Ansprüchen, insbesondere aus der Sendevergütung, generieren die Verwertungsgesellschaften erhebliche Einnahmen. Daher ist zunächst allgemein auf die Bedeutung der kollektiven Rechtswahrnehmung im Bereich digitaler Nutzungshandlungen einzugehen (1.), bevor die diesbezüglichen Herausforderungen bei der Verteilung dargelegt (2.) und speziell mit Blick auf den Verteilungsplan der GVL untersucht werden sollen (3.).

### 1. Kollektive Rechtswahrnehmung im Digitalzeitalter

Bei den gesetzlichen Vergütungsansprüchen kommt den Verwertungsgesellschaften eine besondere Rolle zu, zumal die meisten Ansprüche ohnehin verwertungsgesellschaftspflichtig ausgestaltet sind. Die Einnahmen der GVL aus der Kabelweitersehung sind zuletzt konstant geblieben mit gut 2 Mio. Euro.<sup>1015</sup> Nach Art. 4 Abs. 1 der Online-SatCab-RL sollen die Mitgliedstaaten dafür Sorge tragen, dass auch für die Weiterverbreitung von Programmen durch andere Rechteinhaber als Sendunternehmen die Inhaber des ausschließlichen Rechts der öffentlichen Wiedergabe ihr Recht zur Erteilung oder Verweigerung einer Erlaubnis nur über Verwertungsgesellschaften geltend machen dürfen. Darin liegt zwar eine Beeinträchtigung, diese ist aber notwendig (vgl. auch Erwägungsgrund 25 der Online-SatCab-RL). Auch für Vermietung inklusive Verleih hat die GVL im Jahr 2018 gut 2 Mio. Euro eingenommen.<sup>1016</sup> Dabei ist

---

<sup>1015</sup> Vgl. GVL (Hrsg.): Geschäfts- und Transparenzbericht 2018, abrufbar unter <https://www.gvl.de/sites/default/files/publications/download/gvltb2018webdoppelseitig.pdf> (zuletzt abgerufen am 13.12.2020), S. 10, 13.

<sup>1016</sup> Vgl. GVL (Hrsg.): Geschäfts- und Transparenzbericht 2018, abrufbar unter <https://www.gvl.de/sites/default/files/publications/download/gvltb2018webdoppelseitig.pdf> (zuletzt abgerufen am 13.12.2020), S. 10.

jedoch in den Bereichen Vermietung und Verleih ein nicht ganz unerheblicher Rückgang von etwa 14 Prozent im Vergleich zum Vorjahr zu verzeichnen.<sup>1017</sup> Die Erträge aus der Sendevergütung belaufen sich wie gesehen gar auf 40% der Gesamteinnahmen (siehe hierzu bereits oben unter V. 1.).

Durch den gesetzlichen Anspruch allein kommt der Urheber oder ausübende Künstler jedoch noch nicht zu seiner Vergütung.<sup>1018</sup> Vielmehr muss dieser auch durchgesetzt werden können:

„Der Beteiligungsgrundsatz wird vielmehr erst verwirklicht, wenn der Wahrnehmungsberechtigte für die Nutzung seines Werkes von der Verwertungsgesellschaft den auf die Nutzung entfallenden Betrag ausgekehrt erhält. Ob und wenn ja, in welchem Ausmaß gesetzliche Vergütungsansprüche zu einem effizienten Urheberschutz beitragen, hängt somit entscheidend davon ab, wie die Interessen der Urheber im Rahmen der kollektiven Verwertung umgesetzt werden.“<sup>1019</sup>

Als starke Partner an der Seite der Kreativen fungieren hier traditionell die Verwertungsgesellschaften:

„Verwertungsgesellschaften waren und sind hier ein Instrumentarium, komplexe Verwertungen für eine Vielzahl von Nutzungshandlungen für den einzelnen Urheber oder Leistungsschutzberechtigten so auszugestalten, dass dieser seine angemessene Vergütung erlangt.“<sup>1020</sup>

*Dreier* befürchtete vor 20 Jahren, dass Verwertungsgesellschaften in ihrer Bedeutung stark zurückgehen, wenn nicht gar überflüssig werden könnten.<sup>1021</sup> Dies sei insbesondere dort der Fall, „wo ihre kollektive Tätigkeit bislang einem Versagen individueller Markttransaktionen begegnet, die mit Hilfe der Technik künftig auf individueller Basis durchgeführt werden können“<sup>1022</sup>. Interessant ist,

---

<sup>1017</sup> Vgl. GVL (Hrsg.): Geschäfts- und Transparenzbericht 2018, abrufbar unter <https://www.gvl.de/sites/default/files/publications/download/gvltb2018webdoppelseitig.pdf> (zuletzt abgerufen am 13.12.2020), S. 10, 13.

<sup>1018</sup> Vgl. auch *Scheuermann/Strittmatter*, ZUM 1990, 338 f.

<sup>1019</sup> *Stöhr*, S. 128.

<sup>1020</sup> *Kreile*, ZUM 2015, 765.

<sup>1021</sup> Vgl. *Dreier*, CR 2000, 45, 46 f.

<sup>1022</sup> *Dreier*, CR 2000, 45, 46.

dass er schon damals auf Mikropayments und „smart-agents“ verwies.<sup>1023</sup> Ob solchen alternativen Lösungsmöglichkeiten auf der technischen Ebene, die nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sind (siehe hierzu lediglich den Ausblick im abschließenden Fazit unter II. 3.), in Zukunft womöglich tatsächlich eine besondere Bedeutung zukommt, bleibt mit Spannung abzuwarten.

Dennoch scheint sich die genannte Befürchtung der Obsoleszenz von Verwertungsgesellschaften als unbegründet zu erweisen. 15 Jahre später wird nämlich bereits eine „Zunahme der Bedeutung der zentralisierten Rechtswahrnehmung im „digitalen Zeitalter““<sup>1024</sup> beobachtet. Zum einen wird hierfür die vereinfachte Möglichkeit des Werkschaffens angeführt, zum anderen aber insbesondere die vielfältigen neuen Nutzungsmöglichkeiten.<sup>1025</sup> Auch *Dreier* sah aber bereits, dass durch „die steigende Zahl von Transaktionen ein Bedürfnis dafür (bestehe), zumindest den Zahlungsverkehr der massenhaften Nutzung individueller Werke und Leistungen durch eine Vielzahl individueller Nutzer durch einen darin spezialisierten Diensteanbieter durchführen zu lassen.“<sup>1026</sup>

Die GVL nimmt (anders als etwa die GEMA, die – auch im Bereich digitaler Nutzungen – auch die Erstverwertungsrechte der Musikurheber wahrnimmt<sup>1027</sup>) allerdings nur Zweitverwertungsrechte für die von ihr vertretenen ausübenden Künstler, Tonträgerhersteller und Veranstalter wahr.<sup>1028</sup> Der originäre Zweck der Verwertungsgesellschaften, der zugleich ihre gesetzliche Legitimation begründet, liegt also darin, Massennutzungen auf der Sekundärebene – im Musikbereich insbesondere die Nutzung im Rahmen von Konzerten und in Gaststätten sowie die Wiedergabe im Rundfunk – zu kontrollieren, wohingegen auf der Primärebene in aller Regel individuelle Verträge auf exklusiver Basis ausgehandelt werden, da es für den Nutzer zu kompliziert wäre, in jedem Fall eine Einzellizenz zu erwerben.<sup>1029</sup> Die Aufgabe der Verwertungsgesellschaften besteht also darin, die wirtschaftliche Verwertung von Rechten an Werken und Leistungen bei

---

<sup>1023</sup> Siehe *Dreier*, CR 2000, 45, 46 f.

<sup>1024</sup> *Riesenhuber*, ZUM 2016, 216.

<sup>1025</sup> Vgl. *Riesenhuber*, ZUM 2016, 216; *Stöhr*, S. 26 f.

<sup>1026</sup> *Dreier*, CR 2000, 45, 47.

<sup>1027</sup> Berechtigungsvertrag der GEMA, abrufbar unter [https://www.gema.de/fileadmin/user\\_upload/Gema/Berechtigungsvertrag.pdf](https://www.gema.de/fileadmin/user_upload/Gema/Berechtigungsvertrag.pdf) (zuletzt abgerufen am 15.1.2021), § 1 Buchst. h).

<sup>1028</sup> Siehe auch *Drücke/Houareau*, S. 88.

<sup>1029</sup> Vgl. *Houareau*, ZUM 2015, 469, 471.

massenhafter Nutzung zu ermöglichen, die sich der individuellen Kontrolle entzieht.<sup>1030</sup> Dabei dienen sie gleichermaßen den Interessen der Werkschöpfer, der Werkverwerter und der Allgemeinheit.<sup>1031</sup> Als (faktische) Monopole sind sie einer hoheitlichen Kontrolle unterworfen.<sup>1032</sup>

„Die Verwertungsgesellschaften vermitteln den Zugang zu den Inhalten, sie passen ihre Angebote aber auch andauernd den sich ständig verändernden Marktgegebenheiten an und ermöglichen immer neue Geschäftsmodelle.“<sup>1033</sup>

Die Rechtswahrnehmung über Verwertungsgesellschaften ist der älteste kollektive Mechanismus, die Bündelung der Rechte vereinfacht die Lizenzierungsvorgänge.<sup>1034</sup> Eine Verwertungsgesellschaftspflicht besteht nur in bestimmten Fällen, in denen die individuelle Wahrnehmung die Auswertung blockieren und übermäßig erschweren könnte:

„Für die Online-Verwertung von Rechten an Musikwerken sollte eine Zwangskollektivierung *ultima ratio*, freiwillige kollektive Rechtswahrnehmung dagegen das Prinzip sein.“<sup>1035</sup>

Denn grundsätzlich ist die individuelle Rechtswahrnehmung vorrangig, das Geschäft der Massennutzung kann jedoch einfacher und vor allem effizienter über die kollektive Verwertung abgewickelt werden, was insbesondere bei Online-Geschäftsmodellen der Fall ist.<sup>1036</sup> Die kollektive Wahrnehmung der Leistungsschutzrechte ausübender Künstler erfolgt in erster Linie im Rahmen der Vergütungsansprüche, also insbesondere beim Senderecht. Verwertungsgesellschaften müssen dabei – vor allem unter Effizienzgesichtspunkten – mit der individuellen Verwertung konkurrieren können und somit Anreize für die Rechteinhaber schaffen, Verwertungsgesellschaften ihr Repertoire zur Wahrnehmung zu überlassen.<sup>1037</sup>

---

<sup>1030</sup> Vgl. *Rosbach*, S. 211 f.; *Vogel*, in: FS Schricker 1995, S. 117, 120.

<sup>1031</sup> Vgl. *Vogel*, in: FS Schricker 1995, S. 117, 120 f.

<sup>1032</sup> Vgl. *Riesenhuber*, ZUM 2016, 216, 217.

<sup>1033</sup> *Riesenhuber*, ZUM 2016, 216, 218.

<sup>1034</sup> Vgl. nur *Kling*, S. 70.

<sup>1035</sup> *Kling*, S. 70 f. mit Verweis auf die Rechtsnatur der Ausschließlichkeitsrechte nach *Schack*, Rn. 4.

<sup>1036</sup> Vgl. nur *Kling*, S. 71.

<sup>1037</sup> Vgl. nur *Kling*, S. 76.

„Die zentralisierte Rechtswahrnehmung durch Verwertungsgesellschaften ist besonders bei massenhaften Nutzungen im Interesse der Rechteinhaber einerseits und der Nutzer andererseits. Als Vermittler sind die Verwertungsgesellschaften auch deshalb unentbehrlich, weil nur sie die Verteilung der Einnahmen leisten und legitimieren können. Nicht zuletzt übernehmen sie auf dem Boden der Privatautonomie Verantwortung für ihre Mitglieder.“<sup>1038</sup>

## 2. Herausforderungen bei der Verteilung

Den Verwertungsgesellschaften kommt dabei die schwierige Aufgabe zu, die – zwar überwiegend übereinstimmenden, teils jedoch auch stark divergierenden – Interessen ihrer Mitglieder in einen angemessenen Ausgleich zu bringen.<sup>1039</sup> Dies ist bei der GVL besonders problematisch, da sie neben den ausübenden Künstlern auch die Tonträgerhersteller und die Veranstalter vertritt. In diesem Spannungsfeld zwischen Interpreten- und Verwerterinteressen hat sie keine leichte Aufgabe. Dies ist historisch bedingt, da die GVL im Jahre 1959 gegründet wurde von der Deutschen Orchestervereinigung (DOV), die bis dahin als Verwertungsgesellschaft der Musiker fungierte, und dem Verband der Phonographischen Industrie (mittlerweile BVMI), wodurch sämtliche an der Schallplatte bestehenden Leistungsschutzrechte für das gesamte Tonträgerrepertoire von einer Gesellschaft wahrgenommen werden konnten.<sup>1040</sup> In der jüngsten Vergangenheit sind sowohl auf Seiten der ausübenden Künstler mit dem Bundesverband Schauspiel (BFFS) als auch auf Seiten der Tonträgerhersteller mit dem Verband unabhängiger Musikunternehmen (VUT) weitere Parteien hinzugekommen.

Dies wirft jedoch insofern Schwierigkeiten auf, als die Interessen der ausübenden Künstler und der Tonträgerhersteller nicht zwingend parallel laufen, sich zum Teil vielmehr diametral entgegenstehen. Deshalb hat auch eine Stärkung der (heterogenen Gruppe der) Rechteinhaber allein noch keine Besserstellung der Kreativen zur Folge.<sup>1041</sup> Diese sind vielmehr auf vertragliche Lösungen zum

---

<sup>1038</sup> *Riesenhuber*, ZUM 2016, 216, 222.

<sup>1039</sup> Vgl. auch *Riesenhuber*, ZUM 2016, 216, 219 f.

<sup>1040</sup> Vgl. *Dünnwald/Gerlach*, Einl. Rn. 25.

<sup>1041</sup> Vgl. auch *Homar*, in: Maute/Mackenrodt, S. 223, 239.

Erhalt eines angemessenen Anteils an der erzielten Vergütung angewiesen.<sup>1042</sup> Hier besteht durchaus noch Anpassungsbedarf.<sup>1043</sup> Eine besondere Herausforderung stellt sich daher für die GVL bei der Aufstellung der Verteilungspläne. Hier muss ein interessengerechter Ausgleich zwischen den ausübenden Künstlern und den Tonträgerherstellern hergestellt werden.

Auch die Verteilung steht also unter einem erhöhten Legitimationsdruck.<sup>1044</sup> Hier ist insbesondere Transparenz ein wichtiges Thema. Zudem ist die Regelung des § 86 UrhG in den Blick zu nehmen. Danach hat der Hersteller eines erschienenen oder erlaubterweise öffentlich zugänglich gemachten Tonträgers, auf den die Darbietung eines ausübenden Künstlers aufgenommen ist und der zur öffentlichen Wiedergabe der Darbietung benutzt wird, gegen den ausübenden Künstler einen Anspruch auf angemessene Beteiligung an der Vergütung, die dieser nach § 78 Abs. 2 erhält. Auf diese Verteilungsregel wurde auch in der im Rahmen der Umsetzung der DSM-RL (Art. 16) wieder aufflammenden Diskussion um die Ausgestaltung einer Verlegerbeteiligung verwiesen.<sup>1045</sup> Andersherum kann im Interpretenrecht jedoch nicht auf die Rechtsprechung zur Verlegerbeteiligung<sup>1046</sup> zurückgegriffen werden, denn die Tonträgerhersteller sind anders als die (Musik-) Verlage ebenfalls originäre Rechtsinhaber.

### 3. Verteilungsplan der GVL

Der Verteilungsplan der GVL<sup>1047</sup> enthält unter Nr. 1 die Regelungen zur Aufteilung der Vergütungen zwischen den Interpreten und den Tonträgerherstellern. Danach erfolgt diese hälftig in den Bereichen der Sendung erschienener Tonträger, der Vervielfältigung und der Zugänglichmachung von Tonträgern sowie Verleih von erschienenen Tonträgern und Filmen, wobei bei letzteren ein Vorabzug zugunsten der Interpreten in Höhe von 40% vorgenommen wird. Bei der öffentlichen Wiedergabe erfolgt, ausgehend von einem

---

<sup>1042</sup> Vgl. *Gerlach*, ZUM 2017, 312, 313; *Homar*, in: Maute/Mackenrodt, S. 223, 239.

<sup>1043</sup> Vgl. auch *Pfennig*, ZUM 2018, 252, 254.

<sup>1044</sup> Vgl. *Riesenhuber*, ZUM 2016, 216, 220.

<sup>1045</sup> Siehe hierzu *Skupin*, ZUM 2020, 117, 119.

<sup>1046</sup> BGHZ 210, 77 = ZUM 2016, 639 – Verlegeranteil; KG ZUM 2017, 160 – Musikverlegeranteil; EuGH ZUM 2016, 152 – Reprobel.

<sup>1047</sup> GVL: Verteilungspläne ab 2016, abrufbar unter <https://www.gvl.de/rechteinhaber/kuenstler/verteilung/verteilungsplaene> (zuletzt abgerufen am 13.12.2020).

Gesamtverhältnis von 55% zu 45% zugunsten der Interpreten, eine hälftige Aufteilung bei den Tonträgern und den diese begleitenden Bildtonträgern (Videoclips), bei letzteren nach einem Vorabzug in Höhe von 60% zugunsten der Hersteller. Die öffentliche Wiedergabe von Radiosendungen wird mit 60% zu 40%, diejenige von Fernsehsendungen sogar mit 90% zu 10% zugunsten der Interpreten vergütet. Ausschließlich den Interpreten stehen die Erlöse aus der Kabelweitersendung von Darbietungen, die keine Tonträger oder Videoclips betreffen, sowie aus Vermietung zu.

Nach Nr. 2 des Verteilungsplans werden zunächst unterschiedliche Verteilungsbudgets gebildet. Die auf den Bereich der gesendeten erschienenen Tonträger entfallenden Erlöse setzen sich dabei zusammen aus 100% der Tonträgersendevergütung, 99,7% der Erlöse aus der öffentlichen Wiedergabe von Tonträgern, 75% der Erlöse aus der privaten Vervielfältigung Audio, 5% der Erlöse aus der privaten Vervielfältigung Video sowie 69,286% der Verleiherlöse. Die übrigen 0,03% der Erlöse aus der öffentlichen Wiedergabe von Tonträgern sind reserviert für Tonträger mit einer geringeren Sendenutzung als 200 Sendeminuten. Auf Videoclips (Bildtonträger) entfallen 100% der Videoclipsendevergütung, 100% der Erlöse aus der öffentlichen Wiedergabe von Videoclips, 1,85% der Erlöse aus der privaten Vervielfältigung Video, 10% der Vermieterlöse und 0,714% der Verleiherlöse.

Für im Radio gesendete Produktionen, die nicht von erschienenen Tonträgern stammen, stehen 100% der Erlöse aus der öffentlichen Wiedergabe von Radiosendungen, 25% der Erlöse aus der privaten Vervielfältigung Audio und 100% der Kabelweitersendeerlöse sonstiger künstlerischer Produktionen Audio zur Verteilung zur Verfügung. Dem Verteilungsbudget für audiovisuelle Produktionen außerhalb der Videoclips werden 100% der Erlöse aus der öffentlichen Wiedergabe von Fernsehsendungen, 93,15% der Erlöse aus der privaten Vervielfältigung Video, 90% der Vermieterlöse, 5% der Verleiherlöse sowie 100% der Kabelweitersendeerlöse sonstiger künstlerischer Produktionen Video zugrunde gelegt.

Interessant ist auch die Gewichtung der verschiedenen Mitwirkendenkategorien gemäß Anlage 1 zu Nr. 2 des Verteilungsplans der GVL. Danach stehen bei Tonträger-, Videoclip- und Sendereigenproduktionen dem Dirigenten, den Instrumental- und Gesangssolisten, aber auch den Ensemble-/Bandmitgliedern mit 4 Punkten der größte Anteil zu. Dagen werden Schauspieler und Tänzer hier bereits etwas weniger vergütet. Am geringsten fällt die Gewichtung für Mitglieder einer großen Gruppe oder im Studio aus, also etwa Orchestermusiker und Chorsänger, aber auch Studiomusiker, -sänger und -dirigenten. Bei audiovisuellen Produktionen dagegen werden die (Synchron-)Schauspieler und Tänzer in drei Kategorien unterteilt.

#### **4. Zusammenfassung**

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Bedeutung der Verwertungsgesellschaften mit dem technologischen Fortschritt weiter zunimmt, da die Kreativen ihre Rechte im digitalen Zeitalter immer weniger selbst durchsetzen können. Sie sind gleichsam „als Treuhänder der Kreativen die wesentlichen Garanten im globalen Aneignungsprozess kultureller Güter“<sup>1048</sup>. Besondere Bedetung kommt aus Sicht der Interpreten dabei angemessenen Verteilungsregeln gegenüber den ebenfalls von der GVL vertretenen Tonträgerherstellern zu.

### **VII. Systematisierung der gesetzlichen Vergütungsansprüche**

Wie gesehen hält das Gesetz im Interpretenrecht zahlreiche gesetzliche Vergütungsansprüche bereit. Diese reichen von gesetzlichen Instrumenten zur Stärkung der vertragsrechtlichen Ansprüche über genuin gesetzliche Vergütungsansprüche, insbesondere im Bereich der Zweitverwertung, bis hin zur verwertungsgesellschaftspflichtigen Ausgestaltung eines Ausschließlichkeitsrechts. Im Folgenden sollen diese Ansprüche mit Blick auf ihre jeweilige Funktion und zur Bewertung ihrer Bedeutung im Rahmen digitaler Nutzungshandlungen einer abschließenden Systematisierung unterzogen werden. Es zeigt sich, dass insbesondere zwischen den Vergütungsansprüchen, welche

---

<sup>1048</sup> *Wandtke*, NJW 2019, 1841, 1843.



neben Exklusivrechten gewährt werden (1.) und solchen, die an deren Stelle treten (2.) differenziert werden muss.

## **1. Vergütungsansprüche neben Ausschließlichkeitsrechten**

Einige gesetzliche Vergütungsansprüche werden neben, also zusätzlich zu einem Ausschließlichkeitsrecht gewährt. Dies bedeutet, dass der Interpret doppelt abgesichert ist: Zum einen behält er die Kontrolle über die Nutzung seiner Darbietungen und kann sein Exklusivrecht vertraglich einem Dritten zur Verwertung übertragen. Daneben ist durch den gesetzlichen Vergütungsanspruch aber sichergestellt, dass er auch angemessen daran beteiligt wird. Dies ist insbesondere bei der Kabelweitersendung und der Vermietung ein gut funktionierendes Modell. Beide Rechtsinstrumente könnten daher als Vorbild für eine Ausdehnung der gesetzlichen Vergütungsansprüche auf Nutzungsvorgänge im Online-Bereich dienen. So ist insbesondere für das Online-Streaming, das höchstens analog von der Vorschrift des § 27 Abs. 1 S. 1 UrhG erfasst werden kann, eine entsprechende Lösung *de lege ferenda* angezeigt. Dies wäre auch auf europäischer Ebene wünschenswert gewesen. Stattdessen wurden lediglich punktuelle Anpassungen im Bereich der vertraglichen Mechanismen vorgenommen, die insbesondere im bereits sehr gut entwickelten deutschen Recht kaum einen Mehrwert für die ausübenden Künstler bereithalten.

Umso begrüßenswerter ist, dass der nationale Gesetzgeber in Umsetzung der DSM-RL nunmehr dennoch zumindest für die von dem Anwendungsbereich der Richtlinie umfasste Plattformnutzung einen solchen Direktvergütungsanspruch vorsieht. Danach haben die Kreativen (entgegen der Annahme einiger<sup>1049</sup> zu dem insoweit ursprünglich noch etwas nachbesserungsbedürftigen Wortlaut nach § 21 Abs. 2 UrhDaG explizit auch die ausübenden Künstler) einen Anspruch gegen den Plattformbetreiber, auch wenn sie ihr Exklusivrecht an einen Dritten

---

<sup>1049</sup> Siehe nur Stellungnahmen zum Diskussionsentwurf des BMJV vom 24.6.2020 der Initiative Urheberrecht, abrufbar unter [https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/073120\\_Stellungnahme\\_Initiative-Urheberrecht\\_RefE\\_Urheberrecht-II.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/073120_Stellungnahme_Initiative-Urheberrecht_RefE_Urheberrecht-II.pdf?__blob=publicationFile&v=2), S. 7 sowie der Deutschen Orchestervereinigung, abrufbar unter [https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/072620\\_Stellungnahme\\_DOV\\_RefE\\_Urheberrecht-II.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/072620_Stellungnahme_DOV_RefE_Urheberrecht-II.pdf?__blob=publicationFile&v=2), S. 1, 6 (jeweils zuletzt abgerufen am 13.12.2020).

übertragen haben. Durch die verwertungsgesellschaftspflichtige Ausgestaltung ist dieser Anspruch zusätzlich abgesichert. Angesichts der zunehmenden Bedeutungslosigkeit der Vermietung im klassischen, also analogen Sinne sollte ein solcher Vergütungsanspruch jedoch auf sämtliche Vermietvorgänge im Online-Bereich ausgedehnt werden.<sup>1050</sup>

## **2. Vergütungsansprüche an der Stelle von Ausschließlichkeitsrechten**

Die zweite Gruppe der Vergütungsansprüche bilden diejenigen, welche das Gesetz anstelle der Verbotsrechte gewährt. Vergütungsansprüche an der Stelle von Ausschließlichkeitsrechten haben den Vorteil, dass sie unabhängig vom vertraglichen Verhandlungserfolg bestehen. Meistens sind sie unverzichtbar und nur über eine Verwertungsgesellschaft geltend zu machen (§ 63a UrhG). Ein Nachteil besteht darin, dass den Interpreten hierdurch die Kontrolle über die Nutzung entzogen wird, da per Gesetz die Vornahme von Nutzungshandlungen gegen Zahlung der angemessenen Vergütung erlaubt ist. Es handelt sich insbesondere um das verwertungsgesellschaftspflichtige Ausschließlichkeitsrecht der (Kabel-) Weitersendung, den Anspruch aus Verleihen sowie die Ansprüche aus § 78 Abs. 2 UrhG. Bei allen kommt den Verwertungsgesellschaften eine besondere Rolle zu.

Vergütungsansprüche ausübender Künstler, die ein Exklusivrecht ersetzen, sieht das Gesetz wie im Bereich der Urheber für den Verleih sowie künstlerspezifisch für zahlreiche Fälle einer Sendung vor. Auch die unter dem Schlagwort der „Bibliothekstantieme“ bekannte Regelung des § 27 Abs. 2 UrhG kann im Digitalzeitalter analog angewandt werden. Angesichts der zunehmenden Bedeutung kostenfreier Angebote auf digitalen Plattformen, wie etwa der Abrufbarkeit einer Aufführung auf der eigenen Website eines Theaters oder Orchesters oder auch der „Digital Concert Hall“ der Berliner Philharmoniker

---

<sup>1050</sup> Siehe auch Stellungnahmen zum Diskussionsentwurf des BMJV vom 24.6.2020 der Initiative Urheberrecht, abrufbar unter [https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/073120\\_Stellungnahme\\_Initiative-Urheberrecht\\_RefE\\_Urheberrecht-II.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/073120_Stellungnahme_Initiative-Urheberrecht_RefE_Urheberrecht-II.pdf?__blob=publicationFile&v=2), S. 7 sowie der Deutschen Orchestervereinigung, abrufbar unter [https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/072620\\_Stellungnahme\\_DOV\\_RefE\\_Urheberrecht-II.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/072620_Stellungnahme_DOV_RefE_Urheberrecht-II.pdf?__blob=publicationFile&v=2), S. 1, 3 f. (jeweils zuletzt abgerufen am 13.12.2020).

sowie der Opernplattform „OperaVision“, wäre allerdings eine entsprechende gesetzliche Klarstellung für solche digitalen Bibliotheken zu begrüßen. Der wirtschaftlich wichtigste gesetzliche Vergütungsanspruch ausübender Künstler ist jener für eine Sendung aus § 78 Abs. 2 UrhG. Dieser ist auch bei linearen Onlinenutzungen, insbesondere also dem Live-Streaming einschlägig, On-Demand-Abrufe sind dagegen nicht erfasst. Im Bereich der Sendevergütung wird die Rolle der Verwertungsgesellschaften besonders deutlich, woran sich auch für die digitalen Nutzungsarten orientiert werden sollte.

## **VIII. Ergebnis**

Abschließend lässt sich festhalten, dass gesetzliche Vergütungsansprüche neben Ausschließlichkeitsrechten, insbesondere wenn sie verwertungsgesellschaftspflichtig ausgestaltet werden, ein gutes Instrument zur Sicherstellung der angemessenen Vergütung ausübender Künstler sind. Insbesondere die Vergütungsansprüche aus Kabelweitersendung und Vermietung sind hier in der Vergangenheit wichtige Instrumente gewesen, welche kontinuierlich an die technologischen Entwicklungen anzupassen sind. Die Kabelweitersendung ist im Rahmen der Umsetzung der Online-SatCab-RL ausgeweitet worden, was durch eine technologieneutrale Ausgestaltung der Weitersendung erreicht werden konnte. Damit wird die angemessene Beteiligung der Kreativen auch bei digitalen Sendevorgängen gesichert. Um einen Gleichlauf zu erreichen, sollte auch der Anspruch für Vermietung an das digitale Zeitalter angepasst werden – wengleich bereits eine analoge Anwendung auf das Online-Streaming möglich ist. Nicht nur im Bereich der von der DSM-RL geregelten Plattformhaftung ist ein solcher Vergütungsanspruch vorzusehen.

Wird der Vergütungsanspruch anstelle eines entsprechenden Exklusivrechts gewährt, ist damit zwar eine gewisse Einschränkung des Interpretenschutzes verbunden. Dennoch stellt der gesetzliche Vergütungsanspruch in diesen Fällen eine unabhängig von den Mechanismen des Marktes angemessene Vergütung der ausübenden Künstler sicher. Der Anspruch aus Verleih, welcher in richtlinienkonformer Rechtsfortbildung tatbestandlich keine Erschöpfung voraussetzt, erstreckt sich auch auf digitale Nutzungsvorgänge, insbesondere durch On-Demand-Streaming. Das Kerngeschäft der GVL im Bereich der

Sendevergütung lässt sich dagegen wiederum auf das Livestreaming anwenden. Im Bereich der unabhängig von einer gesetzlichen Erlaubnis gewährten gesetzlichen Vergütungsansprüche ist das geltende Urheber- und Leistungsschutzrecht also in der Lage, auch für digitale Nutzungshandlungen eine angemessene Vergütung der Kreativen sicherzustellen.

## Kapitel 5

### Vergütungsansprüche ausübender Künstler bei gesetzlich erlaubten digitalen Nutzungshandlungen

Bei der Kombination eines erlaubnisfreien Nutzungstatbestandes mit einem gesetzlichen Vergütungsanspruch spricht man von vergütungspflichtigen gesetzlichen Lizenzen.<sup>1051</sup> Auf europäischer Ebene wurde mit der InfoSoc-RL hierfür der Begriff des „gerechten Ausgleichs“ eingeführt.<sup>1052</sup> Dieser ist für die meisten Schrankenregelungen jedoch optional.<sup>1053</sup> Daher gibt es im deutschen Urheberrecht auch einige Schranken ohne korrespondieren Vergütungsanspruch<sup>1054</sup>, die aus diesem Grund im Folgenden aber außer Betracht gelassen werden. Die Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs des „gerechten Ausgleichs“ bleibt dem EuGH überlassen.<sup>1055</sup> Die Schrankenbestimmungen haben nicht das primäre Ziel einer Vergütung, sondern dienen in erster Linie dazu, eine bestimmte Nutzungshandlung zu ermöglichen bzw. zu erleichtern, wobei die vergütungspflichtigen Schranken naturgemäß einen Eingriff von wesentlich geringerer Intensität verursachen als solche, die keine Vergütung als Entschädigung vorsehen.<sup>1056</sup> Fraglich ist, ob der Vergütungsanspruch in diesen Fällen einen gleichwertigen Ersatz für das beschnittene Ausschließlichkeitsrecht bietet oder aber hinter diesem zurückbleibt.<sup>1057</sup> Möglicherweise kann er auch das wirksamere Mittel sein.

Der Begriff der „angemessenen Vergütung“ soll nach einer Ansicht bei den gesetzlichen Vergütungsansprüchen anders als bei den vertraglichen Ansprüchen (insbesondere § 32 UrhG), wo die Vergütung im Einzelfall auszuhandeln ist, nach abstrakt-generellen Kriterien bestimmt werden.<sup>1058</sup> Der BGH legt den Begriff dagegen unabhängig von Stellung und Funktion einheitlich aus.<sup>1059</sup> Die im europäischen Recht zu findende Tendenz, bei gesetzlichen Vergütungsansprüchen den Begriff des „gerechten Ausgleichs“ zu verwenden, dessen Höhe sich nach

---

<sup>1051</sup> Vgl. *Pflüger*, S. 115; *Stöhr*, S. 37 f. m. w. N.

<sup>1052</sup> Siehe auch *Reinbothe*, in: FS Walter, S. 101, 106 ff.

<sup>1053</sup> Vgl. *Pflüger*, S. 29 f.

<sup>1054</sup> Siehe hierzu die Aufzählung bei *Flechsig*, ZUM 2012, 855, 856.

<sup>1055</sup> Vgl. *Pflüger*, S. 55 f.

<sup>1056</sup> Vgl. *Pflüger*, S. 142 f.

<sup>1057</sup> Siehe hierzu *Pflüger*, S. 144 m. w. N.

<sup>1058</sup> Vgl. *Peifer*, AfP 2008, 545, 549; *Pflüger*, S. 157.

<sup>1059</sup> BGH ZUM 1999, 566.

dem durch die Nutzungshandlung entstandenen Schaden bemisst, und den Begriff der „angemessenen Vergütung“ dagegen vertraglichen Lizenzen vorzubehalten, wird zu Recht kritisiert, da sich auch die Höhe der gesetzlichen Vergütungsansprüche nach den Grundsätzen der Lizenzanalogie richtet.<sup>1060</sup>

Fraglich ist, wie im digitalen Zeitalter eine Vergütungsgerechtigkeit hergestellt werden kann. Das sich für eine gewisse Zeit großer Beliebtheit erfreuende Modell einer Kulturflatrate<sup>1061</sup> hat sich dabei zu Recht nicht durchsetzen können<sup>1062</sup> und wird daher im Folgenden ausgeblendet. Vielmehr sollen mit Blick auf § 11 S. 2 UrhG die Tatbestände der gesetzlichen Vergütungsansprüche im Zusammenhang mit Schrankenregelungen im Interpretenrecht (I.), ihre Funktion und Reichweite im Online-Bereich (II.) sowie die Rolle der Verwertungsgesellschaften (III.) untersucht werden.

### **I. Tatbestände (§ 83 i.V.m. §§ 45a Abs. 2, 45c Abs. 4, 46 Abs. 4, 47 Abs. 2 S. 2, 52, 54 Abs. 1, 60h Abs. 1 S. 1 UrhG) und digitale Nutzungshandlungen**

Vergütungsansprüche im Zusammenhang mit Schrankenregelungen finden sich in § 45a Abs. 2, § 45c Abs. 4, § 46 Abs. 4, § 47 Abs. 2 S. 2, § 52, § 54 Abs. 1 sowie in § 60h Abs. 1 S. 1 UrhG. Da diese sämtlich über den Verweis in § 83 UrhG auf die ausübenden Künstler anzuwenden sind, ergeben sich hier keine Besonderheiten gegenüber den Urhebern. Zur Rechtfertigung werden dieselben Gemeinwohlerwägungen wie im Urheberrecht, das Verbot der Besserstellung der Interpreten gegenüber den Urhebern sowie die praktische Überlegung angeführt, dass der Interpret niemals ein Verbotsrecht geltend machen können soll, wo dieses dem Urheber genommen ist.<sup>1063</sup> Dennoch erscheint eine Untersuchung angezeigt, ob und inwieweit diese Tatbestände bezüglich digitaler Nutzungshandlungen im Interpretenrecht überhaupt eine Relevanz haben.

---

<sup>1060</sup> So auch *Reinbothe*, in: FS Walter, S. 101, 115.

<sup>1061</sup> Siehe hierzu nur *Abedinpour*, Digitale Gesellschaft und Urheberrecht; *Amini*, Digitale Kultur zum Pauschaltarif?; *Braun*, Grundeinkommen statt Urheberrecht?; *Spindler*, Rechtsprobleme und wirtschaftliche Vertretbarkeit einer Kulturflatrate, abrufbar unter [https://goedoc.uni-goettingen.de/bitstream/handle/1/10003/Spindler\\_Kulturflatrate.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://goedoc.uni-goettingen.de/bitstream/handle/1/10003/Spindler_Kulturflatrate.pdf?sequence=1&isAllowed=y) (zuletzt abgerufen am 13.12.2020); *Zachow*, Die Pauschalvergütung des Urhebers im digitalen Zeitalter; *Zwengel*, Kulturflatrates.

<sup>1062</sup> Vgl. etwa auch *Ohly*, Gutachten F, S. 71 f.; *ders.*, in: *Riesenhuber*, S. 169, 187.

<sup>1063</sup> Vgl. *Schricker/Loewenheim/Vogel*, § 83 Rn. 1 ff.

Für die nicht Erwerbszwecken dienende Vervielfältigung einer Darbietung für und deren Verbreitung ausschließlich an Menschen, denen der Zugang hierzu aufgrund einer Behinderung erheblich erschwert ist, ist dem Interpreten gemäß § 45a Abs. 2 UrhG eine angemessene Vergütung zu zahlen; ausgenommen ist die Herstellung lediglich einzelner Vervielfältigungsstücke. Der Anspruch ist nach S. 2 der Vorschrift verwertungsgesellschaftspflichtig und wird von der GVL wahrgenommen.<sup>1064</sup>

Die durch das Gesetz zur Umsetzung der Marrakesch-RL<sup>1065</sup> eingefügten §§ 45b bis 45d UrhG enthalten nunmehr weitere Nutzungsmöglichkeiten. Entsprechend ist in § 45c Abs. 4 UrhG auch ein weiterer verwertungsgesellschaftspflichtiger Vergütungsanspruch vorgesehen für bestimmte Nutzungen durch befugte Stellen, die veröffentlichte Sprachwerke, die als Text oder im Audioformat vorliegen, sowie grafische Aufzeichnungen von Werken der Musik vervielfältigen dürfen, um sie ausschließlich für Menschen mit einer Seh- oder Lesebehinderung in ein barrierefreies Format umzuwandeln (Abs. 1) und die nach dieser Vorschrift hergestellten Vervielfältigungsstücke an Menschen mit einer Seh- oder Lesebehinderung oder andere befugte Stellen verleihen, verbreiten sowie für die öffentliche Zugänglichmachung oder die sonstige öffentliche Wiedergabe benutzen dürfen (Abs. 2). Im Bereich der Darbietungen ausübender Künstler dürfte sich die Bedeutung der Vorschrift auf den Vortrag eines im Audioformat vorliegenden veröffentlichten Sprachwerkes beschränken.

Für die nach § 46 UrhG zulässige Verwertung von Darbietungsteilen, Darbietungen geringen Umfangs oder einzelnen Darbietungen als Elementen von Sammlungen für den religiösen Gebrauch ist dem Interpreten nach Abs. 4 der Vorschrift eine angemessene Vergütung zu zahlen. Der Anspruch ist als einer der wenigen nicht verwertungsgesellschaftspflichtig, obwohl die Geltendmachung

---

<sup>1064</sup> GVL: Wahrnehmungsvertrag für ausübende Künstlerinnen und Künstler, abrufbar unter <https://www.gvl.de/gvl/dokumente-und-formulare> (zuletzt abgerufen am 13.12.2020), § 1 Abs. 1 Nr. 1 h).

<sup>1065</sup> Gesetz zur Umsetzung der Marrakesch-Richtlinie über einen verbesserten Zugang zu urheberrechtlich geschützten Werken zugunsten von Menschen mit einer Seh- oder Lesebehinderung vom 28.11.2018, BGBl. I, 2018, S. 2014.

durch eine Verwertungsgesellschaft natürlich zweckmäßig ist.<sup>1066</sup> So ist er etwa auch im Wahrnehmungsvertrag der GVL mitaufgenommen.<sup>1067</sup>

Im Rahmen von nach § 47 Abs. 1 UrhG erlaubten Schulfunksendungen entstandene Bild- oder Tonträger sind gemäß Absatz 2 Satz 2 der Vorschrift spätestens am Ende des auf die Übertragung der Schulfunksendung folgenden Schuljahres zu löschen, es sei denn, dass dem Interpreten eine angemessene Vergütung gezahlt wird. Dieser von der GVL wahrgenommene<sup>1068</sup> Anspruch ist anders als die anderen Vergütungsansprüche allerdings keine typische gesetzliche Lizenz.<sup>1069</sup>

Nach § 52 Abs. 1 UrhG ist die öffentliche Wiedergabe einer veröffentlichten Darbietung zulässig, wenn die Wiedergabe keinem Erwerbszweck des Veranstalters dient und die Teilnehmer ohne Entgelt zugelassen werden und im Falle des Vortrages oder der Aufführung des Werkes keiner der ausübenden Künstler (§ 73) eine besondere Vergütung erhält. Für die Wiedergabe ist eine angemessene Vergütung zu zahlen. Diese Vergütungspflicht wurde durch die Urheberrechtsreform 1985 eingeführt.<sup>1070</sup> Der Anspruch besteht aber auch nach § 78 Abs. 2 S. 2 UrhG (siehe hierzu bereits oben im Kapitel 4 unter V. 2.). Von daher kann der Anspruch aus der Schranke des § 52 UrhG sinnvollerweise nur dann zur Anwendung kommen, wenn eine dem Ausschließlichkeitsrecht des § 78 Abs. 1 UrhG unterliegende öffentliche Wiedergabe einer Live-Darbietung vorliegt.<sup>1071</sup>

Nach Absatz 2 ist die öffentliche Wiedergabe einer erschienenen Darbietung auch bei einem Gottesdienst oder einer kirchlichen Feier der Kirchen oder Religionsgemeinschaften zulässig. Jedoch hat der Veranstalter dem Interpreten eine angemessene Vergütung zu zahlen. Auch dieser Anspruch wird von der GVL

---

<sup>1066</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Melichar/Stieper, § 46 Rn. 26 mit Verweis auf eine Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit in Österreich nach OGH MuR 2005, 30.

<sup>1067</sup> GVL: Wahrnehmungsvertrag für ausübende Künstlerinnen und Künstler, abrufbar unter <https://www.gvl.de/gvl/dokumente-und-formulare> (zuletzt abgerufen am 13.12.2020), § 1 Abs. 1 Nr. 1 f).

<sup>1068</sup> GVL: Wahrnehmungsvertrag für ausübende Künstlerinnen und Künstler, abrufbar unter <https://www.gvl.de/gvl/dokumente-und-formulare> (zuletzt abgerufen am 13.12.2020), § 1 Abs. 1 Nr. 1 e).

<sup>1069</sup> Siehe hierzu Schricker/Loewenheim/Melichar/Stieper, § 47 Rn. 23.

<sup>1070</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Melichar/Stieper, § 52 Rn. 21.

<sup>1071</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Vogel, § 83 Rn. 9.



wahrgenommen.<sup>1072</sup> Gemäß Absatz 3 der Vorschrift sind dagegen öffentliche bühnenmäßige Darstellungen sowie öffentliche Zugänglichmachungen und Funksendungen einer Darbietung stets nur mit Einwilligung des Berechtigten zulässig.

Lässt die Art der Darbietung eine nach § 53 Abs. 1 oder Abs. 2 oder den §§ 60a bis 60f erlaubte Vervielfältigung erwarten, so hat der Interpret nach § 54 Abs. 1 UrhG gegen den Hersteller von Geräten und von Speichermedien, deren Typ allein oder in Verbindung mit anderen Geräten, Speichermedien oder Zubehör zur Vornahme solcher Vervielfältigungen benutzt wird, Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Vergütung. Dieser wirtschaftlich bedeutende Anspruch ist ebenfalls Gegenstand des Wahrnehmungsvertrages mit der GVL,<sup>1073</sup> auch wenn er tatsächlich im Rahmen der Inkassovereinbarung durch die Zentralstelle für private Überspielungsrechte (ZPÜ) wahrgenommen wird (siehe hierzu später unter III.).

Der Anspruch entfällt gemäß Absatz 2 der Vorschrift, soweit nach den Umständen erwartet werden kann, dass die Geräte oder Speichermedien im Geltungsbereich dieses Gesetzes nicht zu Vervielfältigungen benutzt werden. Der Begriff der „Angemessenheit“ ist an dieser Stelle im Sinne des „gerechten Ausgleichs“ nach Art. 5 Abs. 2 lit. a) und b) InfoSoc-RL zu verstehen und hat sich an dem Schaden zu orientieren, der den Interpreten durch das Kopierprivileg nach § 53 Abs. 1 bis 3 entsteht.<sup>1074</sup> Nach Art. 13 der Enforcement-Richtlinie<sup>1075</sup> kann der Schaden dabei entweder konkret als Vermögenseinbuße des Rechteinhabers oder als zu Unrecht erzielter Gewinn des Schädigers bestimmt werden oder aber abstrakt, wobei die angemessene Lizenzvergütung den Mindestschaden abbildet.<sup>1076</sup>

Schließlich gewährt § 60h Abs. 1 S. 1 UrhG den ausübenden Künstlern jeweils einen Vergütungsanspruch für einige der gesetzlich erlaubten Nutzungen für Unterricht, Wissenschaft und Institutionen, die mit dem Urheberrechts-

---

<sup>1072</sup> GVL: Wahrnehmungsvertrag für ausübende Künstlerinnen und Künstler, abrufbar unter <https://www.gvl.de/gvl/dokumente-und-formulare> (zuletzt abgerufen am 13.12.2020), § 1 Abs. 1 Nr. 1 i).

<sup>1073</sup> GVL: Wahrnehmungsvertrag für ausübende Künstlerinnen und Künstler, abrufbar unter <https://www.gvl.de/gvl/dokumente-und-formulare> (zuletzt abgerufen am 13.12.2020), § 1 Abs. 1 Nr. 1 d).

<sup>1074</sup> EuGH ZUM RD 2011, 1 – Padawan.

<sup>1075</sup> Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl. L 195 v. 2.6.2004, S. 16.

<sup>1076</sup> Vgl. *Riesenhuber*, GRUR 2013, 582, 584.

Wissensgesellschafts-Gesetz (UrhWissG)<sup>1077</sup> eingeführt worden sind. Die Ansprüche sind nach Abs. 4 der Vorschrift ebenfalls verwertungsgesellschaftspflichtig und Teil des Wahrnehmungsvertrags der GVL.<sup>1078</sup>

## II. Reichweite und Funktion

Mit Blick auf die Vorgabe des § 11 S. 2 UrhG stellt sich die Frage der Reichweite der gesetzlichen Vergütungsansprüche im Zusammenhang mit Schrankenregelungen. Die Schrankenregelungen haben den erleichterten Zugang der Allgemeinheit zu den geschützten Werken zum Ziel. Indem der Gesetzgeber in diesen Bereichen auf ein Verbotsrecht verzichtet, gewährleistet er die ungehinderte Nutzung. Der Vergütungsanspruch soll hierbei die Urheber und ausübenden Künstler für die zustimmungsfreie Nutzungsmöglichkeit entschädigen. Neben der grundsätzlichen Frage, inwieweit vorhandene Schranken auf die Interpreten anwendbar sind (1.), stellt sich im digitalen Zeitalter insbesondere die Frage, ob es, aufgrund europarechtlicher Vorgaben, eines neuen Schrankentatbestands mit gesetzlicher Vergütung bedarf (2.).

### 1. Anwendbarkeit von § 24 UrhG im Interpretenrecht

Fraglich war bislang, ob § 24 UrhG auch auf ausübende Künstler Anwendung findet. Grundsätzlich ergab sich aus der systematischen Stellung und dem Fehlen eines expliziten Verweises, dass nicht ohne weiteres eine entsprechende Anwendung in Betracht kommt.<sup>1079</sup> Das Rechtsinstitut der freien Benutzung wurde jedoch bislang von der Rechtsprechung jedenfalls bezüglich der Tonträgerhersteller auch im Bereich der Leistungsschutzrechte angewendet.<sup>1080</sup> Das sprach auch für eine Anwendbarkeit auf das Recht der ausübenden

---

<sup>1077</sup> Gesetz zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft (Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetz – UrhWissG) vom 1.9.2017, BGBl. I, 2017, S. 3346.

<sup>1078</sup> GVL: Wahrnehmungsvertrag für ausübende Künstlerinnen und Künstler, abrufbar unter <https://www.gvl.de/gvl/dokumente-und-formulare> (zuletzt abgerufen am 13.12.2020), § 1 Abs. 1 Nr. 1 j) – n).

<sup>1079</sup> Vgl. BGH ZUM 2003, 229, 230 – EROC III; Schricker/Loewenheim/*Grünberger*, Vor §§ 73 ff. Rn. 83.

<sup>1080</sup> BVerfGE 142, 74 = ZUM 2016, 626; BGH ZUM 2009, 219 – Metall auf Metall; ZUM 2013, 484 – Metall auf Metall II; ZUM 2017, 760 – Metall auf Metall III.

Künstler.<sup>1081</sup> Zum einen war nicht ersichtlich, warum Interpreten stärker vor einer Verwendung ihrer Darbietung zur (kritischen) Auseinandersetzung geschützt werden sollten.<sup>1082</sup> Zum anderen scheiterte eine Anwendung nicht daran, dass § 24 UrhG als Gegengewicht zu § 23 UrhG fungierte und den Interpreten kein Bearbeitungsrecht zusteht, da dieses unionsrechtlich insoweit vom Vervielfältigungsrecht abgedeckt wird.<sup>1083</sup> Allerdings ist die Frage der Anwendbarkeit von § 24 UrhG mittlerweile als obsolet anzusehen, da diese Vorschrift als Schrankenregelung nicht mit dem Unionsrecht vereinbar ist.<sup>1084</sup>

Entsprechend hat der nationale Gesetzgeber die Vorschrift nunmehr gestrichen. Soweit § 24 UrhG auch eine Funktion als Schutzbereichsbegrenzung zukam, soll diese nunmehr in § 23 UrhG verankert werden.<sup>1085</sup> Insoweit bleibt also auch die Frage nach einer entsprechenden Anwendbarkeit im Interpretenrecht von Bedeutung. Nach § 23 Abs. 1 UrhG soll keine Bearbeitung oder Umgestaltung vorliegen, wenn das neu geschaffene Werk einen hinreichenden Abstand zum benutzten Werk wahrt. Fraglich ist, wie dieser hinreichende Abstand zu definieren ist. Maßgeblich soll nach der Gesetzesbegründung sein, inwieweit auch nach der Bearbeitung oder Umgestaltung noch ein Ausdruck der eigenen geistigen Schöpfung des Urhebers des vorbestehenden Werkes erkennbar ist.<sup>1086</sup> Hierzu wird auf die aus der Rechtsprechung bekannte „Verblässenstheorie“ im Sinne eines „äußeren Abstands“ verwiesen.<sup>1087</sup> Wenn der Abstand allerdings so groß ist, dass das ursprüngliche Werk nicht mehr erkennbar ist, wird bereits kein Eingriff in den Schutzbereich vorliegen. Die bisherigen Fälle eines „inneren Abstands“<sup>1088</sup> sollen vom Schutzbereich dagegen erfasst sein, allerdings in den meisten Fällen

---

<sup>1081</sup> So auch Schricker/Loewenheim/*Grünberger*, Vor §§ 73 ff. Rn. 86, § 77 Rn. 41a f.; a. A. Fromm/Nordemann/*Schaefer*, § 77 Rn. 13.

<sup>1082</sup> So auch Schricker/Loewenheim/*Grünberger*, § 77 Rn. 41a.

<sup>1083</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/*Grünberger*, Vor §§ 73 ff. Rn. 86, § 77 Rn. 41a, 43.

<sup>1084</sup> EuGH ZUM 2019, 738; BGH ZUM 2020, 617 – Metall auf Metall IV.

<sup>1085</sup> Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 24. Juni 2020, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, abrufbar unter

[https://www.bmjjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE\\_II\\_Anpassung%20Urheberrecht\\_digitaler\\_Binnenmarkt.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_II_Anpassung%20Urheberrecht_digitaler_Binnenmarkt.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (zuletzt abgerufen am 13.12.2020), S. 55 f.

<sup>1086</sup> Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 24. Juni 2020, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, abrufbar unter

[https://www.bmjjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE\\_II\\_Anpassung%20Urheberrecht\\_digitaler\\_Binnenmarkt.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_II_Anpassung%20Urheberrecht_digitaler_Binnenmarkt.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (zuletzt abgerufen am 13.12.2020), S. 55.

<sup>1087</sup> Vgl. nur BGH ZUM 1993, 537 – Asterix-Persiflagen.

<sup>1088</sup> Vgl. nur BGHZ 122, 53, 60 f. = ZUM 1993, 534 – Alcolix.

eine Privilegierung nach einer neuen Schranke (siehe hierzu sogleich unter 2. a)) erfahren.<sup>1089</sup> Generell bleibt damit etwas unklar, welche Bedeutung § 23 UrhG neben den erforderlichen neuen Schrankenregelungen (siehe hierzu sogleich unter 2.) haben wird.

Auch der Melodienschutz des § 24 Abs. 2 UrhG ist schließlich in § 23 UrhG übernommen worden. Zur Frage der Anwendbarkeit von § 23 UrhG im Bereich der künstlerischen Leistungsschutzrechte sieht das Gesetz weiterhin keine Regelung vor, wohingegen bezüglich der Tonträgerhersteller in § 85 Abs. 4 UrhG ein Verweis auf § 23 eingefügt worden ist.

De *lege lata* ist also eine Anwendung von § 23 UrhG auf ausübende Künstler nach dessen Wortlaut und in systematischer Auslegung ausgeschlossen. Fraglich ist jedoch, ob es für die Aufnahmen von künstlerischen Darbietungen eines entsprechenden Verweises bedarf. Zum einen ist nicht ersichtlich, warum dies anders als bei den Tonträgerherstellern gesehen werden sollte. Auch die Darbietungen der Interpreten sollten vor Bearbeitungen geschützt werden. Sie sind dies aber bereits über das Vervielfältigungsrecht (siehe oben).

Daneben hängt die Frage auch davon ab, welche Bedeutung man § 23 UrhG in der geplanten Neufassung zumisst. Wenn das Kriterium des hinreichenden Abstands im Sinne einer Erkennbarkeit oder Wahrnehmbarkeit des vorbestehenden Werkes zu verstehen ist, kann man sagen, dass bereits der Schutzbereich nicht betroffen ist, also keine Vervielfältigung vorliegt. Soll jedoch durch das Kriterium des hinreichenden Abstands Raum für zulässige Nutzungen trotz Erkennbarkeit des vorbestehenden Werkes geschaffen werden, was die Neuregelung nahelegt, ist für einen diesbezüglichen stärkeren Schutz der Interpreten keine Grundlage ersichtlich, sodass im Ergebnis ein Gleichlauf zu begrüßen wäre. De *lege ferenda* sollte also auch im Interpretenrecht, etwa in § 77 Abs. 2 S. 2 UrhG neben § 27, ein Verweis auf § 23 UrhG aufgenommen werden.

---

<sup>1089</sup> Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 24. Juni 2020, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, abrufbar unter [https://www.bmjjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE\\_II\\_Anpassung%20Urheberrecht\\_digitaler\\_Binnenmarkt.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_II_Anpassung%20Urheberrecht_digitaler_Binnenmarkt.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (zuletzt abgerufen am 13.12.2020), S. 55.

## 2. Neue Schrankenregelungen infolge europäischer Rechtsprechung und Gesetzgebung

Die DSM-RL erfordert eine neue Schrankenregelung für UGC. Hierbei gibt es verschiedene Ausgestaltungsmöglichkeiten betreffend den Umfang des Tatbestands (a)), die etwaige Verbindung mit einem Vergütungsanspruch (b)) sowie die Frage nach der Möglichkeit der Einführung einer weiteren Schranke für Bagatellnutzungen (c)).

### a) Allgemeine Schranke für Parodie, Karikatur und Pastiche

Im Rahmen der Value-Gap-Debatte, also der Problematik einer Wertschöpfungslücke auf Plattformen haben *Leistner* und *Metzger* bereits Anfang 2017 eine vergütungspflichtige Schranke für die nicht kommerzielle Zugänglichmachung urheber- und damit auch leistungsschutzrechtlich geschützter Inhalte, vergleichbar der Privatkopieschranke des § 53 UrhG, vorgeschlagen.<sup>1090</sup> Dies wurde zwei Jahre später im Rahmen der Verabschiedung der DSM-RL wieder virulent<sup>1091</sup>, auch wenn ein entsprechender Antrag in den Parlamentsberatungen gescheitert ist.<sup>1092</sup> Gegen eine solche Lösung wird insbesondere der Einwand des Kontrollverlusts der Rechteinhaber vorgebracht.<sup>1093</sup> *Ohly* dagegen hatte bereits auf dem Juristentag 2014 eine verbindliche einheitliche Schranke für Zitat und Parodie auf EU-Ebene vorgeschlagen.<sup>1094</sup>

Art. 17 Abs. 7 der DSM-Richtlinie sieht nunmehr eine zwingende Schrankenregelung für Zitate, Kritik und Rezensionen sowie für eine Nutzung zum Zwecke von Karikaturen, Parodien und Pastiches vor und ist insofern im Rahmen ihres Anwendungsbereichs eine Konkretisierung der in Art. 5 Abs. 3 Buchst. d) und k) der InfoSoc-RL als fakultativ ausgestalteten Schrankenregelungen. Im deutschen Recht setzt § 51 UrhG die Schranke für Zitate um, welche als Oberbegriff auch Kritiken und Rezensionen erfassen.

---

<sup>1090</sup> *Leistner/Metzger*, FAZ v. 4.1.2017, abrufbar unter [https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/medien/gema-youtube-wie-sich-urheberrechts-streit-schlichten-liesse-14601949.html?printPagedArticle=true#pageIndex\\_2](https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/medien/gema-youtube-wie-sich-urheberrechts-streit-schlichten-liesse-14601949.html?printPagedArticle=true#pageIndex_2) (zuletzt abgerufen am 13.12.2020); *dies.*, IIC 2017, 381.

<sup>1091</sup> Siehe auch bereits *Metzger*, ZUM 2018, 233, 239.

<sup>1092</sup> Vgl. *Stieper*, ZUM 2019, 393, 400.

<sup>1093</sup> So etwa *Wimmers/Barudi*, GRUR 2017, 327, 337.

<sup>1094</sup> *Ohly*, Gutachten F, S. 65.

Karikaturen, Parodien und Pastiches kennt das UrhG dagegen nicht. Der Schranke der freien Benutzung nach § 24 UrhG, worunter solche Fälle bislang subsumiert wurden, ist nach der Entscheidung des EuGH zum Sampling in Sachen „Metall auf Metall“ ein Ende bereitet worden.<sup>1095</sup> Von daher kam der nationale Gesetzgeber nicht um die Einführung einer neuen Schranke herum.<sup>1096</sup> Diese müsste zunächst den durch die internationalen Verträge aufgestellten Anforderungen des Dreistufentests genügen. Zum ersten müsste sie also auf bestimmte Sonderfälle begrenzt werden (was bei § 24 UrhG problematisch gewesen ist), zum zweiten dürfte sie die normale Auswertung nicht beeinträchtigen und schließlich dürfte sie auch die berechtigten Interessen der Kreativen nicht unzumutbar verletzen (Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 13 TRIPS, Art. 10 Abs. 1 und 2 WCT, Art. 16 Abs. 2 WPPT).

§ 51a UrhG sieht nunmehr einen solchen Schrankentatbestand für Parodie, Karikatur und Pastiche vor. Ausweislich der Gesetzesbegründung zielt die Regelung zum einen auf die „klassischen“ Nutzungen etwa als politische Karikatur in Pressemedien, als Parodie in einer satirischen Fernsehsendung oder als literarischer Pastiche, zugleich können aber auch moderne Formen der transformativen Nutzung insbesondere im digitalen Umfeld (UGC-Inhalte) darunterfallen.<sup>1097</sup> Anders als es § 24 UrhG bislang voraussetzte, soll dabei mit Blick auf die Rechtsprechung zur Parodie<sup>1098</sup> kein eigenes Werk im Sinne des § 2 UrhG entstehen müssen. Dies ist insbesondere für den weiten Begriff des Pastiche, der als Auffangtatbestand für sämtliche UGC-Inhalte zu dienen droht, allerdings nicht hinnehmbar. Anders als bei der Parodie dient hier nicht die Meinungsfreiheit als Schutzgut, sondern vielmehr die Kunstfreiheit, weshalb eine Anwendung der Maßstäbe nicht sachgerecht und beim Pastiche ein eigenschöpferischer Gehalt zu verlangen ist.<sup>1099</sup>

---

<sup>1095</sup> EuGH ZUM 2019, 738 – Metall auf Metall; siehe auch BGH ZUM 2020, 617 – Metall auf Metall IV.

<sup>1096</sup> Vgl. auch *Stieper*, GRUR 2020, 699, 700.

<sup>1097</sup> Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 24. Juni 2020, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, abrufbar unter

[https://www.bmjjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE\\_II\\_Anpassung%20Urheberrecht%20digitaler\\_Binnenmarkt.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_II_Anpassung%20Urheberrecht%20digitaler_Binnenmarkt.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (zuletzt abgerufen am 13.12.2020), S. 62 f.

<sup>1098</sup> EuGH GRUR 2014, 972, 973 f. – Deckmyn; BGH ZUM 2016, 985, 987 f. – auf fett getrimmt.

<sup>1099</sup> So auch *Stieper*, GRUR 2020, 699, 702 f; *ders.*, GRUR 2020, 792, 796.

## **b) Vergütungspflicht von Diensteanbietern im Sinne der DSM-Richtlinie**

Fraglich war, ob eine solche Schranke vergütungspflichtig auszugestalten ist. Bei einem Umsetzungsspielraum des nationalen Gesetzgebers sind auch die Grundrechte zu berücksichtigen. Der Rechteinhaber kann sich dabei auf die Eigentumsgarantie berufen.<sup>1100</sup> Auch § 11 S. 2 UrhG kann an dieser Stelle noch einmal angeführt werden. Aus den zu dieser Vorschrift angestellten Erwägungen (siehe hierzu bereits oben im Kapitel 1 unter III.) ist verfassungsrechtlich eine Vergütungspflicht geboten, wenn dem Kreativen keine Möglichkeit der eigenen Verwertung verbleibt.<sup>1101</sup> Jedoch ist in der vorliegenden Konstellation zu beachten, dass zugunsten der Nutzer die Meinungs- und Kunstfreiheit in Ansatz gebracht werden können, sodass hier eine Abwägung der widerstreitenden grundrechtlichen Positionen zu erfolgen hat.

Im Falle solcher kreativen Nutzungen kann ein angemessener Interessenausgleich durchaus durch eine vergütungspflichtige Schranke erfolgen.<sup>1102</sup> Nach Erwägungsgrund 36 der Info-Soc-RL ist die Schaffung eines gerechten Ausgleichs auch bei Anwendung der fakultativen Schrankenbestimmungen zulässig. Nach Erwägungsgrund 44 dieser Richtlinie sollten die Mitgliedstaaten auch die gesteigerte wirtschaftliche Bedeutung solcher Schranken im neuen elektronischen Umfeld angemessen berücksichtigen, weshalb der Umfang bestimmter Schranken bei bestimmten neuen Formen der Nutzung urheberrechtlich geschützter Schutzgegenstände möglicherweise noch enger zu begrenzen ist. Mit Blick auf die Ausweitung der bisherigen Schrankentatbestände und den großen Verbreitungsgrad der dadurch privilegierten Nutzungshandlungen scheint ein Vergütungsanspruch als gerechter Ausgleich hier jedenfalls angemessen. Schließlich ist auch zu berücksichtigen, dass die enorme Reichweite von solchen transformativen Inhalten in bestimmten Nutzerkreisen durchaus auch einen Verdrängungseffekt bezüglich der in Bezug genommenen Originalinhalte haben könnte. Der Vergütungsanspruch sollte sich aber nur gegen den

---

<sup>1100</sup> BVerfGE 31, 229 = BVerfG GRUR 1972, 481, 483 – Kirchen- und Schulgebrauch.

<sup>1101</sup> Im Ergebnis für den engen UGC-Bereich auch *Stieper*, vgl. *Grandjean*, ZUM 2019, 409, 413.

<sup>1102</sup> Vgl. *Leistner*, GRUR 2019, 1008, 1015 unter Verweis auf BVerfGE 142, 74 = ZUM 2016, 626 – Metall auf Metall.

Plattformbetreiber richten, nicht gegen die einzelnen Nutzer.<sup>1103</sup> Es stellen sich sodann die weiteren Fragen, ob dieser Vergütungsanspruch entsprechend § 63a UrhG ebenfalls verwertungsgesellschaftspflichtig auszugestalten ist und wie die Erträge intern zwischen den beteiligten Rechteinhabergruppen aufgeteilt werden sollen (siehe hierzu sogleich unter III.).

§ 51a UrhG sieht nunmehr allerdings eine Schrankenregelung ohne korrespondierenden Vergütungsanspruch vor. Dies überzeugt nicht, da insbesondere mit der Aufnahme des Pastiches eine deutliche Erweiterung der bislang unter § 24 UrhG subsumierten Schrankentatbestände einhergeht.<sup>1104</sup> Nach der DSM-RL ist dies auch nur für den Bereich der Plattformnutzung verpflichtend vorgesehen. Wenigstens für diese in § 5 UrhDaG explizit vorgesehene Schranke, welche wiederum auf § 51a UrhG verweist, sieht § 5 Abs. 2 UrhDaG daher einen verwertungsgesellschaftspflichtigen Vergütungsanspruch der Kreativen gegen den Diensteanbieter vor. .

### c) *de minimis*-, „Schranke“

Eine weitere vergütete Schranke war im Diskussionsentwurf wie auch im Referentenentwurf noch für oftmals als sogenannte „Bagatellfälle“ bezeichnete Nutzungshandlungen vorgesehen. Diese Schranke war allerdings in mehrlei Hinsicht äußerst problematisch zu sehen. Danach sollte die Nutzung von Film- und Musikausschnitten von einer Länge bis zu 20 Sekunden zu nicht kommerziellen Zwecken erlaubt sein. Zum einen überzeugte die Einordnung als *sui generis*-Regelung, die neben das bisherige Regime aus der InfoSoc-RL trete, nicht.<sup>1105</sup> Vielmehr gelten hier auch die Vorgaben in Art. 5 InfoSoc-RL zu dem dort abschließend geregelten Katalog möglicher Schranken. Eine darüber hinausgehende Regelung ist danach unzulässig. Zum anderen wurde in der

---

<sup>1103</sup> Siehe etwa Stellungnahme der GEMA vom 6.9.2019 zur Umsetzung der DSM-RL und der SatCab-RL in deutsches Recht, abrufbar unter [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/090619\\_Stellungnahme\\_GEMA\\_EU-Richtlinien\\_Urheberrecht.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/090619_Stellungnahme_GEMA_EU-Richtlinien_Urheberrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=3) (zuletzt abgerufen am 24.5.2020), S. 56 ff.

<sup>1104</sup> Für eine Vergütungspflicht bei allen Schranken siehe auch *Wandtke/Hauck*, ZUM 2020, 671, 677; beschränkt auf die Fälle kommerzieller Nutzungen *Stieper*, GRUR 2020, 792, 795.

<sup>1105</sup> Vgl. nur *Nordemann/Waiblinger*, GRUR 2020, 569, 573 m. w. N.



Gesetzesbegründung darauf verwiesen, dass die unentgeltliche Zurverfügungstellung solcher Werkausschnitte im Internet zu Werbezwecken (etwa in Form von Trailern oder Hörproben der Musikstreamingdienste) zu den üblichen Geschäftspraktiken gehöre, um Anreize zur Nutzung des ganzen Werkes zu schaffen, was also dem Absatz förderlich sei und nicht den Primärmärkten schade.<sup>1106</sup> Das konnte so aber nicht überzeugen. Vielmehr könnten damit ganze Geschäftsmodelle wie etwa das von „TikTok“, welches gerade nur darin besteht, solch kurze Musikausschnitte mit eigenen Kurzvideos zu unterlegen, komplett aus dem Anwendungsbereich ausgenommen und die entsprechenden Lizenzmärkte zerstört werden. Zum anderen könnten auf diese Weise auch ganze Werke, etwa vollständige Filme in zahlreichen kurzen Ausschnitten verfügbar gemacht werden.

Auf der anderen Seite war durch den auch für diese Nutzungen vorgesehen verwertungsgesellschaftspflichtigen und auch auf die ausübenden Künstler anwendbaren Vergütungsanspruch wenigstens ihre angemessene Beteiligung an solchen Verwertungshandlungen sichergestellt. Der Mechanismus schien daher nicht grundsätzlich ungeeignet zur Herstellung eines angemessenen Interessenausgleichs. Aufgrund der europarechtlichen Bedenklichkeit der vorgeschlagenen Regelung war jedoch eine andere Ausgestaltung angezeigt. Diese wurde schließlich in einer prozeduralen Lösung umgesetzt, welche die genannten kleinteiligen Nutzungen, deren Grenzwerte noch einmal reduziert wurden, etwa auf 15 Sekunden bei Film- und Musikausschnitten, nunmehr von einer automatischen Filterpflicht ausnimmt und einer Vermutung der Zulässigkeit unterwirft, wie es auch durch das Instrument der Kennzeichnung als erlaubte Nutzung durch den Nutzer (sogenanntes Preflagging) bereits vorgesehen war. Diese Vermutung kann nur durch manuelle Überprüfung des Inhalts widerlegt werden. Zugleich ist durch den verwertungsgesellschaftspflichtigen Vergütungsanspruch in § 12 Abs. 1 UrhDaG die Vergütung der Kreativen für den Zeitraum solcher Nutzungen vor Überprüfung weiterhin sichergestellt.

---

<sup>1106</sup> Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 24. Juni 2020, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, abrufbar unter [https://www.bmjj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE\\_II\\_Anpassung%20Urheberrecht\\_digitaler\\_Binnenmarkt.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_II_Anpassung%20Urheberrecht_digitaler_Binnenmarkt.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (zuletzt abgerufen am 13.12.2020), S. 88.

### **3. Zusammenfassung**

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass auch im Bereich der gesetzlich erlaubten Nutzungen die angemessene Vergütung der Interpreten sichergestellt sein muss. Die nach der DSM-RL nunmehr verpflichtenden Schrankenregelungen werden eine deutliche Ausweitung zulässiger Nutzungshandlungen zur Folge haben. Insbesondere der nicht klar zu fassende Tatbestand des Pastiche, welches bislang nicht unter eine Schrankenregelung fiel, droht im Sinne eines Auffangtatbestandes zahlreiche Nutzungen, nicht nur im digitalen Umfeld, zu erlauben, welche bislang Gegenstand von Lizenzen waren. Aus diesem Grund wäre mindestens für den Bereich kommerzieller Nutzungen in diesem Bereich ein weiterer Vergütungsanspruch der Kreativen vorzusehen. Im Bereich der Nutzung von Darbietungen kurzer Dauer oder Darbietungsteilen, häufig als sogenannte „Bagatellnutzungen“ bezeichnet, welche nicht von einem europarechtlichen Schrankentatbestand erfasst sind, war dagegen auch im nationalen Recht keine gesetzliche Erlaubnis angezeigt. Der Schrankenkatalog aus der InfoSoc-RL ist insofern abschließend. Zudem ist ein nicht unerheblicher Eingriff in die Primärmärkte zu befürchten, sodass hier grundsätzlich weiterhin das Ausschließlichkeitsrecht einschlägig und eine entsprechende Lizenzvereinbarung erforderlich ist.

### **III. Rolle der Verwertungsgesellschaften**

Im Bereich der vergütungspflichtigen Schranken spielen die Verwertungsgesellschaften eine besondere Rolle, „die mehr denn je dazu aufgerufen sind, an der Sicherung der Ansprüche der Urheber auch in Bezug auf die zunehmend durch Intermediäre gesteuerte Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke über das Internet mitzuwirken.“<sup>1107</sup> Dies gilt genauso für die Interpreten. Nach § 63a UrhG, der über den Verweis in § 83 UrhG auch für die Interpreten gilt, sind die im Zusammenhang mit Schrankenregelungen gewährten Vergütungsansprüche unverzichtbar und können im Voraus nur an eine Verwertungsgesellschaft abgetreten werden. Dadurch ist sichergestellt, dass die Kreativen für die gesetzlich erlaubten Nutzungen eine angemessene Beteiligung

---

<sup>1107</sup> Stieper, ZUM 2019, 1, 7.

erhalten. Im Bereich der Urheber können diese Ansprüche aber auch zusammen mit der Einräumung des Verlagsrechts dem Verleger abgetreten werden, wenn dieser sie durch eine Verwertungsgesellschaft wahrnehmen lässt, die Rechte von Verlegern und Urhebern gemeinsam wahrnimmt.

Man kann sich die Frage stellen, ob diese Möglichkeit welcher Art auch immer entsprechende Anwendung im Interpretenrecht finden kann. Denkbar wäre dies etwa in der Form, dass Interpreten ihre gesetzlichen Vergütungsansprüche zusammen mit dem Exklusivrecht einem Tonträgerhersteller übertragen können, wenn dieser seine Rechte von der GVL wahrnehmen lässt. Eine besondere Bedeutung kommt dann auch hier der Aufstellung willkürfreier Verteilungspläne zu. Dabei wird etwa die Privatkopievergütung mit ihrem signifikanten Aufkommen für die Verwertungsgesellschaften durch die ZPÜ eingezogen, einen Zusammenschluss der Verwertungsgesellschaften zu diesem Zweck. Im Bereich der Privatkopievergütung sieht der Verteilungsplan der GVL eine Aufteilung im Verhältnis von 64% zu 36% zwischen Künstlern und Tonträgerherstellern vor.<sup>1108</sup>

#### **IV. Ergebnis**

Abschließend bleibt festzuhalten, dass die Vergütungsansprüche im Zusammenhang mit Schrankenregelungen zwar durchaus ein gutes Instrument zur Herstellung eines angemessenen Interessenausgleichs sind. Von den grundsätzlich anwendbaren Schrankenregelungen spielen in der Praxis jedoch nicht alle auch im Interpretenrecht eine Rolle. Im Bereich digitaler Nutzungshandlungen war im Rahmen der Umsetzung der DSM-RL bei der Implementierung der nunmehr zwingenden Schranken, welche über die bisherigen Privilegierungen hinausgehen, eine Vergütungspflicht jedenfalls der Plattformbetreiber vorzusehen. Die Bedeutung der Verwertungsgesellschaften nimmt insofern weiter zu, als es im Rahmen der Anpassung der Nutzungsmöglichkeiten an die Erfordernisse des Digitalzeitalters umso wichtiger ist, weiterhin eine angemessene Vergütung der Kreativen sicherzustellen.

---

<sup>1108</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Vogel, § 83 Rn. 8.



## Fazit

### I. Zusammenfassung der Ergebnisse

Die Arbeit hatte wie eingangs erläutert zum Ziel zu untersuchen, ob und wie das Urheberrecht die angemessene Vergütung ausübender Künstler im digitalen Zeitalter sicherstellt. Dabei sollte insbesondere eine genaue Einordnung der Erscheinungsformen der „digitalen Bühne“, also in den Bereichen Film und Musik, unter die Ausschließlichkeitsrechte und gesetzlichen Vergütungsansprüche *de lege lata* erfolgen sowie bezüglich etwaiger Regelungen *de lege ferenda* das Verhältnis dieser beiden Instrumente zueinander in den Blick genommen werden.

Vorab konnte dargelegt werden, dass das Prinzip einer angemessenen Vergütung auch für die ausübenden Künstler neben der verfassungsrechtlichen Verankerung aus § 11 S. 2 UrhG abzuleiten ist. Eine entsprechende Klarstellung *de lege ferenda* wäre wünschenswert und würde sich aufgrund der europarechtlichen Anknüpfungsmöglichkeiten etwa auch im Rahmen der Umsetzung der DSM-RL anbieten.

Die Untersuchung hat sodann gezeigt, dass die Ausschließlichkeitsrechte sowohl aus § 77 UrhG als auch aus § 78 UrhG im Online-Bereich ihre Exklusivitätswirkung entfalten. So sind im Bereich der körperlichen Wiedergabe das Aufnahme- und das Vervielfältigungsrecht auch bei digitalen Nutzungshandlungen von Bedeutung. § 78 UrhG gewährt nach dem europäischen Vorbild (Art. 3 Abs. 2 InfoSoc-RL) insbesondere das originäre „Onlinerecht“, wohingegen das Senderecht stark eingeschränkt ist. Es muss daher eine genaue Abgrenzung zwischen Sendung und öffentlicher Zugänglichmachung erfolgen. Im Zuge der Umsetzung der DSM-RL muss das letztgenannte Ausschließlichkeitsrecht auch gegenüber bestimmten Plattformbetreibern Anwendung finden. Bezüglich der Ausschließlichkeitsrechte ist zudem über eine Ausdehnung der Wahrnehmungsbefugnis der Verwertungsgesellschaften, insbesondere über das Onlinerecht, nachzudenken, um hier einen Gleichlauf mit der Situation bei den Urhebern herzustellen.

Allerdings birgt diese Marktlösung durchaus Schwierigkeiten im Rahmen des vertragsrechtlichen Mechanismus, welche eine genauere Betrachtung der häufigsten Vertragsarten (insbesondere Künstlerexklusivvertrag) im Bereich der ausübenden Künstler gezeigt hat. Ein Hauptproblem betrifft auch die Durchsetzung, die insbesondere durch Stärkung der kollektiven Instrumente (Tarifverträge, gemeinsame Vergütungsregeln) noch verbessert werden kann. Schließlich konnte unter Gewinnung verschiedener Erkenntnisse aus der ökonomischen Analyse des Rechts gezeigt werden, dass Exklusivrechte auch für die betroffenen Kreativen nicht zwingend die Lösung mit dem größten Schutzniveau bereithalten. Im Massengeschäft des Digitalzeitalters ist es vielmehr so, dass über gesetzliche Vergütungsansprüche oftmals bessere Ergebnisse erzielt werden können. Es gibt also nicht die eine Lösung, sondern es muss differenziert werden (1.). Eine besondere Bedeutung kommt den Verwertungsgesellschaften zu (2.).

## **1. Branchenspezifische Lösungen**

Dabei hat sich – bereits anhand des beispielhaften Vergleichs in den Bereichen Film und Musik – gezeigt, dass die urheberrechtlichen Herausforderungen des digitalen Zeitalters branchenspezifische Lösungen erfordern. So sind im Filmbereich, wo das Interesse auch der ausübenden Künstler auf den Erhalt der Kontrolle über die Kanäle zur Verwertung ihrer Leistungen, gerichtet ist, Ausschließlichkeitsrechte durchaus adäquat. Der entsprechende vertragsrechtliche Mechanismus funktioniert mit zunehmendem Abschluss gemeinsamer Vergütungsregeln auch einigermaßen. Hier sind jedoch weitere Anreize erforderlich. Zudem ist auf das Problem des insbesondere durch die US-amerikanische Verwertungsindustrie mithilfe von Rechtswahlklauseln praktizierten Buy-outs zu reagieren. Grundsätzlich können jedoch auch Pauschalvergütungen, etwa bei einer Vielzahl Mitwirkender mit geringfügigen Beiträgen, angemessen und für den Interpreten oftmals sogar vorteilhafter sein. Im Musikbereich dagegen ist eine möglichst ungehinderte Verbreitung der Leistungen gewollt, weshalb Exklusivrechte hier nicht im Sinne der ausübenden Künstler sind. Diese wollen vielmehr an der Verwertung monetär beteiligt werden, was sich am besten über zusätzliche gesetzliche Vergütungsansprüche

erreichen lässt. Auch hier sind die ausübenden Künstler auf die Verwertungsgesellschaften als starke Partner an ihrer Seite angewiesen. Hierbei ist jedoch wiederum auf einen angemessenen Verteilungsmechanismus zwischen den verschiedenen Berechtigten zu achten.

Ferner scheint in bestimmten Bereichen die Lösung über alternative – teilweise bereits in anderen Rechtsordnungen zu findende – Modelle erfolgversprechend. So ist insbesondere die – unter anderem aus Frankreich bekannte – verhältnismäßige Beteiligung ein Instrument, über das auch hierzulande nachzudenken ist. Schließlich haben die letzten Entwicklungen auf europäischer Ebene gezeigt, dass das deutsche Urheberrecht Vorbild für ein reformiertes europäisches Urheberrecht für das Digitalzeitalter war, das jedoch nur punktuelle Verbesserungen bringt. Von daher sollte der deutsche Gesetzgeber weiter – über bisherige europarechtliche Verpflichtungen hinaus und innerhalb des von diesen abgesteckten Rahmens – voranschreiten, um seiner Vorreiterrolle gerecht zu bleiben.

## **2. Stärkung der Verwertungsgesellschaften**

Daneben ist bei allen vermögensrechtlichen Befugnissen – in erster Linie bei den gesetzlichen Vergütungsansprüchen, aber auch bei den Ausschließlichkeitsrechten – die Bedeutung der Rolle von Verwertungsgesellschaften im Rahmen digitaler Nutzungen deutlich geworden. Bei der Zweitverwertung gewährleisten sie, dass die Rechteinhaber für die im Massengeschäft von ihnen selbst nicht zu kontrollierenden Nutzungshandlungen vergütet werden. Parallel zum Urheberrecht im Bereich der Musik wäre jedoch auch bei den ausübenden Künstlern eine (gegebenenfalls sogar verpflichtende) Wahrnehmung der Onlinerechte durch die Verwertungsgesellschaften anzudenken. Nicht zuletzt sind die Verwertungsgesellschaften auch durch die Verfolgung sozialer Zwecke für unsere Kulturlandschaft unverzichtbar, was insbesondere in Krisenzeiten (individuellen wie auch gesamtgesellschaftlichen) deutlich wird. Dies hat sich zuletzt in den zahlreichen Unterstützungsmaßnahmen der Verwertungsgesellschaften für ihre Mitglieder gezeigt, die besonders hart von den Einschränkungen aufgrund der Corona-Pandemie getroffen wurden.

## II. Ausblick

Ein Appell an den Gesetzgeber bezüglich der Anpassung des Urheberrechts an die Nutzungsrealitäten des digitalen Zeitalters könnte also lauten „so technologiespezifisch wie notwendig und so technologieneutral wie möglich“<sup>1109</sup>. Dabei kann das bisherige Vergütungssystem im Bereich der ausübenden Künstler durchaus als Orientierung dienen (1.), was nicht zuletzt zu einem weiteren Gleichlauf zwischen Urheber- und Leistungsschutzrechten bis hin zu deren Bündelung (2.) führen könnte. Schließlich bleibt auch die weitere Entwicklung technischer Lösungen zur Durchsetzung des Urheberrechts im Digitalzeitalter abzuwarten (3.).

### 1. Modell gesetzlicher Vergütungsansprüche als Vorbild für Urheberrecht

Die vorliegende Untersuchung hat gezeigt, dass die Prämisse der exklusiven Verwertungsmöglichkeit im digitalen Zeitalter nicht mehr ohne weiteres greift. Die Analyse der Rechtslage zur angemessenen Vergütung ausübender Künstler *de lege lata* hat ergeben, dass den gesetzlichen Vergütungsansprüchen im Rahmen der Zweitverwertung bei digitalen Geschäftsmodellen eine immer größere Bedeutung zukommt. In Zeiten globaler Massennutzungen, über welche die Kreativen keine Kontrolle mehr haben (können), ist es ihnen verwehrt, ihre Ausschließlichkeitsrechte in angemessener Weise durchzusetzen. Das Recht der ausübenden Künstler sieht durch die eingeschränkten Rechte der Sendung und öffentlichen Wahrnehmbarmachung mit entsprechenden gesetzlichen Vergütungsansprüchen bereits ein System vor, welches den Bedürfnissen des Digitalzeitalters besser begegnet. Ein Problem ist jedoch weiterhin die fehlende Wahrnehmungsmöglichkeit der Onlinerechte durch Verwertungsgesellschaften. Hier könnte eine verwertungsgesellschaftspflichtige Ausgestaltung des existierenden Exklusivrechts Abhilfe schaffen. Daneben sollte den Kreativen für Onlinenutzungen ein Vergütungsanspruch entsprechend § 27 UrhG für das Vermieten und Verleihen zugestanden werden. Schließlich wäre insoweit auch die im Bereich der Plattformnutzung in Umsetzung der DSM-RL getroffene

---

<sup>1109</sup> Siehe bereits Dreier, CR 2000, 45, 49.



Schrankenregelung zu Parodie, Karikatur und Pastiche, welche eine Vergütungspflicht der Plattformbetreiber gegenüber den Kreativen vorsieht, noch weiter auszudehnen.

## **2. Bündelung von Urheber- und Leistungsschutzrechten**

Ein weiterer Blick in die Zukunft könnte eine zunehmende Bündelung von Urheberrechten und Leistungsschutzrechten ausübender Künstler offenbaren. Denn der Markt des digitalen Musikvertriebs ist vor allem durch das komplexe Geflecht der erforderlichen Rechte gekennzeichnet. So müssen neben den Leistungsschutzrechten, die wie gesehen bei einer Vielzahl an beteiligten Künstlern und Labels oder Verlagen liegen können, auch die Urheberrechte erworben werden, welche wiederum in aller Regel bei der GEMA einzuholen sind.

In diesem Zusammenhang ist auch die kürzlich erfolgte Mehrheitsbeteiligung der GEMA an der Zebralution GmbH<sup>1110</sup> zu sehen, einem Distributor für den Digitalvertrieb von Musik, Hörbüchern und Podcasts, der die ihm von den Labels eingeräumten Leistungsschutzrechte – neben ihren eigenen auch die der ausübenden Künstler – an Online-Dienste weiterlizenziert. Dadurch könnte es diesen künftig erlaubt sein, die erforderlichen Rechte aus einer Hand zu erhalten. Im Rahmen des im Aufbau befindlichen sogenannten „*Business2Artist*“-Geschäfts (B2A) sollen ausübende Künstler ihre Rechte zudem direkt, also ohne Einschaltung eines Labels oder einer Plattenfirma, über digitale Musikanbieter an die Nutzer bringen können.<sup>1111</sup> Der Vorteil für die ausübenden Künstler, die zugleich Urheber sind, also Singer-Songwriter, liegt darin, dass sie künftig zugleich ihre Urheberrechte durch die GEMA wahrnehmen lassen können. Andererseits können diejenigen Singer-Songwriter, die ihre Urheberrechte bereits von der GEMA wahrnehmen lassen, künftig dort zugleich auch ihre Leistungsschutzrechte lizenzieren.

---

<sup>1110</sup> Siehe hierzu nur die Pressemitteilung der GEMA vom 4.12.2019, abrufbar unter [https://www.gema.de/fileadmin/user\\_upload/Gema/Pressemeldung\\_GEMA\\_erwirbt\\_Mehrheit\\_an\\_Zebralution.pdf](https://www.gema.de/fileadmin/user_upload/Gema/Pressemeldung_GEMA_erwirbt_Mehrheit_an_Zebralution.pdf) (zuletzt abgerufen am 13.12.2020).

<sup>1111</sup> Siehe Website der MusicHub GmbH, abrufbar unter <https://www.joinmusicclub.de/> (zuletzt abgerufen am 13.12.2020).

### 3. Alternative technische Möglichkeiten

Abschließend soll nicht unerwähnt bleiben, dass auch andere, insbesondere technische Möglichkeiten der besseren Rechtsdurchsetzung im digitalen Zeitalter diskutiert werden, die auch für die ausübenden Künstler zunehmend an Bedeutung gewinnen. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass diese eine adäquate rechtliche Regelung nicht ersetzen können. Der ehemalige Bundesverfassungsrichter *Di Fabio* bringt dies mit Blick auf die Problematik der Plattformen, die die Musikverlage zunehmend ablösen<sup>1112</sup>, folgendermaßen auf den Punkt:

„Ein bloßes Verweisen des Urhebers auf alternative Einnahmequellen, technische Lösungen oder „freiwillige“ Leistungen digitaler Verwertungsplattformen stellt eine Kapitulation der Eigentumsordnung dar und wird dieser Institutsgarantie nicht gerecht.“<sup>1113</sup>

Dies hat sich nicht zuletzt auch in der lebhaften Diskussion um sogenannte Upload-Filter im Rahmen der DSM-RL gezeigt. Ferner wird vermehrt die Frage nach anderen kollektiven Verwertungseinrichtungen aufgeworfen. So wird auch das Instrument des Digital Rights Management (DRM)<sup>1114</sup> kontinuierlich weiterentwickelt. DRM-Systeme waren zunächst als Hilfsmittel der individuellen Rechtswahrnehmung gedacht, dienen nun aber der technischen Nachverfolgung von Online-Abrufzahlen und sind damit ein wichtiger Pfeiler der kollektiven Rechtswahrnehmung geworden.<sup>1115</sup> Betrachtet man das Außenverhältnis zwischen (originärem oder derivativem) Rechteinhaber und Nutzer, kommt man zu einem Nutzerschutz („Urheber ohne Urheberrecht“), es handelt sich um eine Zustandsanalyse, im Innenverhältnis zwischen Urheber und Verwerter ist dagegen ein starker Urheberschutz zu sehen („Urheberrecht ohne Urheber“), welcher als rechtliche und rechtspolitische Forderung dient.<sup>1116</sup>

---

<sup>1112</sup> Vgl. nur *Kling*, S. 77 f.

<sup>1113</sup> *Di Fabio*, S. 107 f.

<sup>1114</sup> Siehe hierzu bereits etwa *Stöhr*, S. 31 f.; *Zwengel*, S. 73 f.

<sup>1115</sup> Vgl. nur *Kling*, S. 77.

<sup>1116</sup> Vgl. *Bechtold*, in: *Hilty/Peukert*, S. 67, 74 f.

„Weiterhin ist denkbar, dass auch im Innenverhältnis des Urhebers zu den Verwertern automatisierte Systeme zur Rechteverwaltung und -lizenzierung eingesetzt werden, die auf technischen Schutzmaßnahmen aufbauen und den Urheber ermöglichen, seine Interessen gegenüber den Verwertern zu schützen.“<sup>1117</sup>

Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung ersetzt im Online-Bereich das Verbreitungsrecht.<sup>1118</sup> Entsprechend der zweiaktigen Ausgestaltung des Verbreitungsrechts mit dem vorgelagerten Angebot an die Öffentlichkeit ist dies wegen der strukturellen Identität beider Normen auch beim Recht der öffentlichen Zugänglichmachung der Fall, das nachgelagert auch den Abrufakt umfasst.<sup>1119</sup>

„Aus der Tatsache, dass die den Werken zugrunde liegenden Informationen frei genutzt werden können, folgt aber auch die Notwendigkeit, Zugang zu den Werken, die die entsprechenden Informationen enthalten, zu haben. Ändern sich Geschäftsmodelle nun dahingehend, dass der Zugang zu diesen Informationen auf vertraglicher Grundlage erheblich erschwert wird, so kommt den Inhaltsbegrenzungen und gesetzlichen Schranken im Urheberrechtsgesetz eine besondere Bedeutung zu.“<sup>1120</sup>

Schließlich ist auf der technischen Ebene das Instrument der „*Blockchain*“ zu erwähnen, mit deren Hilfe die vertragliche Gestaltung im digitalen Zeitalter in Form sogenannter „*Smart Contracts*“ automatisiert werden kann.<sup>1121</sup> Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass die genannten sowie weitere technische Lösungen Verwertungsgesellschaften nicht obsolet werden lassen. Vielmehr können sich durch die Verwaltung solcher Instrumente weitere Geschäftsfelder für die Verwertungsgesellschaften eröffnen.<sup>1122</sup> Dies würde im Endeffekt den von ihnen vertretenen Kreativen zugute kommen und damit auch den Interpreten.

---

<sup>1117</sup> *Bechtold*, in: Hilty/Peukert, S. 67, 76.

<sup>1118</sup> Vgl. *Gerlach*, in: Hilty/Peukert, S. 61, 62.

<sup>1119</sup> Vgl. *Gerlach*, in: Hilty/Peukert, S. 61, 62; *ders.*, ZUM 1999, 278, 281 f.; vom BGH offengelassen in BGH GRUR 2003, 958, 961 – Paperboy.

<sup>1120</sup> *Gerlach*, in: Hilty/Peukert, S. 61, 63 f.

<sup>1121</sup> Siehe hierzu etwa *Etzensperger*, sic! 2018, 509–513; *Kling*, S. 78 ff.; *Scheufele*, ZUM 2017, 316, 319.

<sup>1122</sup> Vgl. auch *Schricker/Loewenheim*, Einl. Rn. 35.



## LITERATURVERZEICHNIS

- Abedinpour, Reza-Nima:* Digitale Gesellschaft und Urheberrecht. Leistungsschutzrechte und Verwertungsrechte im digitalen Raum, Berlin 2013.
- Amini, Seyavash:* Digitale Kultur zum Pauschaltarif? Anlass, Inhalt und Grenzen einer Vision für das Urheberrecht der Zukunft, Baden-Baden 2017.
- Andernach, Melanie:* Die vertragliche Beteiligung nach dem neuen Urhebervertragsrecht Deutschlands und dem Urheberrecht Frankreichs – unter besonderer Berücksichtigung des Filmkomponisten, München 2004.
- Apel, Simon:* Der ausübende Musiker im Recht Deutschlands und der USA, Tübingen 2011.
- Ders.:* Die Entwicklung des Interpretenschutzes in Deutschland und den USA von 1877 bis 1945, ZGE/IPJ 2012, S. 1–36.
- Appt, Stephan:* Der Buy-out-Vertrag im Urheberrecht. Urhebervertragsrechtliche Aspekte nach deutscher und britischer Rechtslage, Baden-Baden 2008.
- Badura, Peter:* Privatnützigkeit und Sozialbindung des geistigen Eigentums, in: Ansgar Ohly/Diethelm Klippel (Hrsg.): Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, Tübingen 2007, S. 45–60.
- Bäcker, Kerstin:* Die Rechtsstellung der Leistungsschutzberechtigten im digitalen Zeitalter. Am Beispiel der Auswertung von Tonaufnahmen im Internet aus der Sicht der Tonträgerhersteller, Berlin 2005.
- Bayreuther, Frank:* Zum Verhältnis zwischen Arbeits-, Urheber- und Arbeitnehmererfindungsrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Sondervergütungsansprüche des angestellten Softwareerstellers, GRUR 2003, S. 570–581.
- Bechtold, Stefan:* Das Urheberrecht und die Informationsgesellschaft, in: Reto M. Hilty/Alexander Peukert (Hrsg.): Interessenausgleich im Urheberrecht, Baden-Baden 2004, S. 67–86.
- Ders.:* Zur rechtsökonomischen Analyse im Immaterialgüterrecht, GRUR Int. 2008, S. 484–488.
- Becker, Bernhard von:* Anspruch gegen den Lizenznehmer bei Vorliegen eines auffälligen Missverhältnisses, GRUR-Prax 2017, S. 440.
- Ders.:* „Juristisches Neuland“. Angemessene Vergütung, Vergütungsregeln, Zweckübertragungsregel – Zugleich Anmerkung zu Kammergericht, Beschluss vom 12. Januar 2005 – Az. 23 SCHH 7/03, ZUM 2005, S. 303–307.

- Becker, Jürgen:* §§ 32 ff. UrhG – eine gelungene oder verfehlte Reform? Eine Zwischenbilanz. Einführung zur Arbeitssitzung des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 4. Dezember 2009, ZUM 2010, S. 89.
- Beining, Anke:* Der Schutz ausübender Künstler im internationalen und supranationalen Recht, Baden-Baden 2000.
- Bergau, Sebastian:* Modelle kollektiver Beteiligung an der Filmverwertung. Gemeinsame Vergütungsregeln zwischen Filmproduzenten und Vereinigungen von Urhebern, ZUM 2013, S. 725–730.
- Berger, Christian:* Grundfragen der „weiteren Beteiligung“ des Urhebers nach § 32a UrhG, GRUR 2003, S. 675–681.
- Ders.:* Sieben Jahre §§ 32 ff. UrhG – Eine Zwischenbilanz aus Sicht der Wissenschaft, ZUM 2010, S. 90–95.
- Ders.:* Zum Anspruch auf angemessene Vergütung (§ 32 UrhG) und weitere Beteiligung (§ 32 a UrhG) bei Arbeitnehmer-Urhebern, ZUM 2003, S. 173–179.
- Ders./Freyer, Simon:* Neue individualvertragliche und kollektivrechtliche Instrumente zur Durchsetzung angemessener Urhebervergütungen. Zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur verbesserten Durchsetzung des Anspruchs der Urheber und ausübenden Künstler auf angemessene Vergütung vom 16. März 2016, ZUM 2016, S. 569–579.
- Bisges, Marcel:* Ökonomische Analyse des Urheberrechts, ZUM 2014, S. 930–938.
- Bolwin, Rolf:* Das Theater und das Urheberrecht in der täglichen Praxis, ZUM 2015, S. 963–971.
- Ders./Sponer, Wolf-Dieter:* Bühnen- und Orchesterrecht. Kommentar, 107. Ergänzungslieferung (Stand: November 2018).
- Braun, Ilja:* Grundeinkommen statt Urheberrecht? Zum kreativen Schaffen in der digitalen Welt, Bielefeld 2014.
- Breuer, Lars:* Die körperliche Individualität des Interpreten. Zur Verfassungsmäßigkeit der Ungleichbehandlung von Urhebern und ausübenden Künstlern, ZUM 2010, S. 301–311.
- Ders.:* Die Rechte der ausübenden Künstler im digitalen Zeitalter, Saarbrücken 2007.
- Brunner, Richard:* Urheber- und leistungsschutzrechtliche Probleme der Musikdistribution im Internet – unter besonderer Berücksichtigung der Richtlinie 2001/29/EG und ihrer Umsetzung ins deutsche Recht, Berlin 2004.

- Bunte, Rudolf*: Die künstlerische Darbietung als persönliches und immaterielles Rechtsgut, Baden-Baden 2000.
- Büscher, Mareile/Müller, Judith*: Urheberrechtliche Fragestellungen des Audio-Video-Streamings, GRUR 2009, S. 558–560.
- Büscher, Wolfgang/Dittmer, Stefan/Schiwy, Peter* (Hrsg.): Gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht, Medienrecht. Kommentar, 3. Aufl., Köln 2015.
- Busch, Thomas*: Zur urheberrechtlichen Einordnung der Nutzung von Streamingangeboten, GRUR 2011, S. 496–503.
- Calabresi, Guido/Melamed, A. Douglas*: Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral, Harvard Law Review, Vol. 85 (1972), S. 1089–1128.
- Castendyk, Oliver*: Das Fell des Bären wird verteilt, wenn er erlegt ist ... Neue Entwicklungen bei weiteren Beteiligungen gemäß § 32 a UrhG im Filmbereich, ZUM 2016, S. 314–322.
- Charissé, Peter*: Weitersendung von Fernsehen und Hörfunk in Zeiten von Streaming und OTT. Vortrag auf dem Symposium „Die Online-SatCab-Richtlinie – Analyse und Umsetzungsmöglichkeiten“ des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 3.5.2019, ZUM 2019, S. 541–545.
- Coase, Ronald H.*: The Problem of Social Cost, The Journal of Law & Economics, Vol. 3 (1960), S. 1–44.
- Czychowski, Christian*: AGB Kontrolle von umfassenden Nutzungsrechtsklauseln, die sog. Zweckübertragungslehre und das urheberrechtliche Vergütungsrecht, in: Kirsten-Inger Wöhrn/Winfried Bullinger/Eike W. Grunert (Hrsg.): Festschrift für Artur-Axel Wandtke zum 70. Geburtstag am 26. März 2013, Berlin 2013, S. 151–158.
- Ders.*: Europäischer Bestsellerparagraph – Die Lösung aller urhebervertragsrechtlichen Probleme?, in: Thomas Dreier/Karl-Nikolaus Peifer/Louisa Specht (Hrsg.): Anwalt des Urheberrechts. Festschrift für Gernot Schulze zum 70. Geburtstag, München 2017, S. 235–242.
- Datta, Amit*: Die angemessene Vergütung des Urhebers. Risiken und Grenzen des Buy-out Vertrages im Filmbereich, Tübingen 2018.
- Dietz, Adolf*: Das Urhebervertragsrecht in seiner rechtspolitischen Bedeutung, in: Friedrich-Karl Beier/Horst-Peter Götting/Michael Lehmann/Rainer Moufang (Hrsg.): Urhebervertragsrecht. Festgabe für Gerhard Schricker zum 60. Geburtstag, München 1995, S. 1–50.
- Ders.*: Schutz der Kreativen (der Urheber und ausübenden Künstler) durch das Urheberrecht *oder* Die fünf Säulen des modernen kontinentaleuropäischen Urheberrechts, GRUR Int. 2015, S. 309–319.

- Di Fabio, Udo:* Urheberrecht und Kunstfreiheit unter digitalen Verwertungsbedingungen. Verfassungsrechtliche Studie, München 2018.
- Döring, Valentin/Schafmeister, Heinrich:* Komplexe Werke und einfache Vergütungsstrukturen – Das Problem der Binnengerechtigkeit, ZUM 2015, S. 725–736.
- Dörr, Renate:* Ist die Richtlinie fit für das digitale Zeitalter? Chancen und Grenzen der Online-SatCab-Richtlinie aus Rundfunksicht. Vortrag auf dem Symposium „Die Online-SatCab-Richtlinie – Analyse und Umsetzungsmöglichkeiten“ des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 3.5.2019, ZUM 2019, S. 556–560.
- Dorfmayr, Christian:* „Faire Verträge mit Urhebern und ausübenden Künstlern“. Auf dem Weg zu einer europäischen „Bestsellerregelung“, medien und recht 2017, S. 131–136.
- Dornis, Tim W.:* Urheberrecht, Ökonomik und Evolution. Kreativität im Gravitationsfeld multipler Einflussfaktoren, ZGE/IPJ 2018, S. 341–378.
- Dreier, Thomas:* Aufeinanderbezogene Urheberrechtsverträge – Zur Weiterentwicklung des Urhebervertragsrechts im Zeitalter elektronischer Werkverwertung, in: Friedrich-Karl Beier/Horst-Peter Götting/Michael Lehmann/Rainer Moufang (Hrsg.): Urhebervertragsrecht. Festgabe für Gerhard Schricker zum 60. Geburtstag, München 1995, S. 193–224.
- Ders.:* Die Schlacht ist geschlagen – ein Überblick. Zum Ergebnis des Copyright Package der EU-Kommission, GRUR 2019, S. 771–779.
- Ders.:* Urheberrecht an der Schwelle des 3. Jahrtausends. Einige Gedanken zur Zukunft des Urheberrechts, CR 2000, S. 45–49.
- Ders./Schulze, Gernot:* Urheberrechtsgesetz. Kommentar, 6. Aufl., München 2018.
- Drexel, Josef:* Der Anspruch der Werkschöpfer und ausübenden Künstler auf angemessene Vergütung in der europäischen Wettbewerbsordnung, in: Ansgar Ohly/Theo Bodewig/Thomas Dreier/Horst-Peter Götting/Maximilian Haedicke/Michael Lehmann (Hrsg.): Perspektiven des Geistigen Eigentums und des Wettbewerbsrechts. Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag, München 2005, S. 651–670.
- Dreyer, Gunda/Kotthoff, Jost/Meckel, Astrid/Hentsch, M. A.:* Urheberrecht, 4. Aufl., Heidelberg 2018.
- Drücke, Florian/Houareau, René:* Musik, Recht und Verträge. Ein Einstieg für alle an der Musik und der Musikbranche Interessierten, München 2012.
- Dünnwald, Rolf:* Das Leistungsschutzrecht des ausübenden Künstlers in der neueren Rechtsprechung des BGH, FuR 1984, S. 615–619.



- Ders.*: Die künstlerische Darbietung als geschützte Leistung, UFITA 84 (1979), S. 1–25.
- Ders.*: Die Neufassung des künstlerischen Leistungsschutzes, ZUM 2004, S. 161–181.
- Ders.*: Inhalt und Grenzen des künstlerischen Leistungsschutzes, UFITA 65 (1972), S. 99–116.
- Ders.*: Zum Begriff des ausübenden Künstlers, UFITA 52 (1969), S. 49–88.
- Ders.*: Zur Angleichung des künstlerischen Leistungsschutzes an das Urheberrecht, in: Jürgen Becker/Reto M. Hilty/Jean-Fritz Stöckli/Thomas Würtenberger (Hrsg.): Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfeldes. Festschrift für Manfred Rehbinder, München/Bern 2002, S. 233–248.
- Ders./Gerlach, Tilo*: Die Berechtigten am Filmwerk. Ausübende Künstler aus der Sicht der GVL, ZUM 1999, S. 52–54.
- Dies.*: Schutz des ausübenden Künstlers. Kommentar zu den §§ 73 bis 83 UrhG, Stuttgart 2008.
- Egloff, Willi*: Obligatorische Kollektivverwertung und Vergütungsansprüche im schweizerischen Urheberrecht, sic! 2018, S. 117–133.
- Ehrhardt, Jan*: Dramatisch live, digital und online – Reform des Urheberrechts aus Sicht von Theaterverlagen, ZUM 2015, S. 971–974.
- Ders.*: Im Strom der Zeit – Streaming im Musiktheater, in: Thomas Dreier/Karl-Nikolaus Peifer/Louisa Specht (Hrsg.): Anwalt des Urheberrechts. Festschrift für Gernot Schulze zum 70. Geburtstag, München 2017, S. 243–248.
- Eichelberger, Jan*: Urheberrecht und Streaming, in: Stefan Leible (Hrsg.): Der Schutz des Geistigen Eigentums im Internet, Tübingen 2012, S. 17–46.
- Engel, Christoph*: Innovationsanreize aus Wettbewerb und Kollusion, in: Ansgar Ohly/Diethelm Klippel (Hrsg.): Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, Tübingen 2007, S. 19–43.
- Erdmann, Willi*: Urhebervertragsrecht im Meinungsstreit, GRUR 2002, S. 923–930.
- Etzensperger, Severin*: AIPPI SwissDay 2018 „Blockchains and IP Rights“. Tagungsbericht zum AIPPI SwissDay vom 14. Juni 2018, sic! 2018, S. 509–513.
- Fischer, Josef/ Reich, Steven A.*: Der Künstler und sein Recht, 3. Aufl., München 2014.

*Flehsig, Norbert P.*: Darbietungsschutz in der Informationsgesellschaft. Das neue Leistungsschutzrecht des ausübenden Künstlers nach der Umsetzung der Informationsrichtlinie, NJW 2004, S. 575–579.

*Ders.*: Zur Verkehrsfähigkeit gesetzlicher Vergütungsansprüche des Filmherstellers, ZUM 2012, S. 855–866.

*Ders.*: Zur Zukunft des Urheberrechts im Zeitalter vollständiger Digitalisierung künstlerischer Leistungen, ZGE/IPJ 2011, S. 19–46.

*Ders./Kuhn, Elisabeth*: Das Leistungsschutzrecht des ausübenden Künstlers in der Informationsgesellschaft. Der Schutz des ausübenden Künstlers nach der Umsetzung der Informationsrichtlinie in deutsches Recht, ZUM 2004, S. 14–31.

*Freitag, Andreas*: Die Kommerzialisierung von Darbietung und Persönlichkeit des ausübenden Künstlers, Baden-Baden 1993.

*Fromm, Karl/Nordemann, Wilhelm (Hrsg.)*: Urheberrecht, 12. Aufl., Stuttgart 2018.

*Gaillard, Raphael*: Das Neunte Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes – Überblick und Analyse, GRUR 2013, S. 1099–1105.

*Ders.*: Die Schutzdauerverlängerungen in der Urheberrechtsnovelle 2013. Eine dogmatische Untersuchung der Umsetzung der Richtlinie 2011/77/EU durch das Neunte Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes, Köln 2016.

*Gaiser, Sabrina*: Die kollektive Wahrnehmung filmischer Rechte in Deutschland im Rechtsvergleich zu den USA und Großbritannien, Heidelberg 2011.

*Gerlach, Felix-Tessen von*: Die urheberrechtliche Bewertung des nicht-linearen Audio-Video Streamings im Internet. Die verschiedenen technischen Verfahren im System und auf dem Prüfstand urheberrechtlicher Verwertungs- und Leistungsschutzrechte, Baden-Baden 2012.

*Gerlach, Tilo*: Ausübende Künstler als Kreative 2. Klasse? Teilhabe der ausübenden Künstler an den Schutznormen des UrhG und des UrhWahrnG, ZUM 2008, S. 372–376.

*Ders.*: Faire Beteiligung der ausübenden Künstler an Online-Erlösen nach dem Vorbild der Vermietrichtlinie. Vortrag auf der Arbeitssitzung „Vergütungsgerechtigkeit auf Online-Plattformen“ des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 20.1.2017 in München, ZUM 2017, S. 312–315.

*Ders.*: Fragwürdige Kriterien des europäischen Gerichtshofs bei den Vergütungsansprüchen der ausübenden Künstler für öffentliche

- Wiedergabe, in: Kirsten-Inger Wöhrn/Winfried Bullinger/Eike W. Grunert (Hrsg.): Festschrift für Artur-Axel Wandtke zum 70. Geburtstag am 26. März 2013, Berlin 2013, S. 233–241.
- Ders.*: Gesetzliche Vergütungsansprüche – Stiefkinder der kollektiven Rechtswahrnehmung?, in: Anke Schierholz/Ferdinand Melichar (Hrsg.): Kunst, Recht und Geld. Festschrift für Gerhard Pfennig zum 65. Geburtstag, München 2012, S. 351–357.
- Ders.*: Korreferat zum Thema: Schutzvoraussetzungen und Schutzbereich. Insbesondere: Vorübergehende Zugänglichmachung, befristete Überlassungen und Defizite beim Schutz der ausübenden Künstler, in: Reto M. Hilty/Alexander Peukert (Hrsg.): Interessenausgleich im Urheberrecht, Baden-Baden 2004, S. 61–66.
- Ders.*: „Making available right“ – Böhmische Dörfer?, ZUM 1999, S. 278–282.
- Götting, Horst-Peter*: Urheberrechtliche und vertragsrechtliche Grundlagen, in: Friedrich-Karl Beier/Horst-Peter Götting/Michael Lehmann/Rainer Moufang (Hrsg.): Urhebervertragsrecht. Festgabe für Gerhard Schricker zum 60. Geburtstag, München 1995, S. 53–75.
- Gotzen, Frank*: Das Recht der Interpreten in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Baden-Baden 1980.
- Gounalakis, Georgios*: Der Begriff des Sendens aus urheberrechtlicher Sicht, ZUM 2009, S. 447–452.
- Grandjean, Armelle*: EU-Urheberrechtsreform – Ergebnisse und Analysen. Tagungsbericht zum III. ZUM-Symposium des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 1.2.2019 in München, ZUM 2019, S. 409–414.
- Dies.*: Urheberrecht zwischen den Legislaturperioden – Rückblick und Ausblick. Tagungsbericht zu dem gleichnamigen II. ZUM-Symposium am 26.1.2018 in München, ZUM 2018, S. 265–271.
- Groeben, Carl Christoph Graf von der*: Darbietung und Einwilligung des ausübenden Künstlers, in: Andreas Scheuermann/Angelika Strittmatter (Hrsg.): Urheberrechtliche Probleme der Gegenwart. Festschrift für Ernst Reichhardt zum 70. Geburtstag, Baden-Baden 1990, S. 39–50.
- Grünberger, Michael*: Aspekte eines umweltsensiblen Urheberrechts. Eine Einleitung, in: ders./Stefan Leible (Hrsg.): Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten, Tübingen 2014, S. 1–21.
- Ders.*: Bedarf es einer Harmonisierung der Verwertungsrechte und Schranken? Ein Beitrag zur Entwicklung dogmatischer Bausteine eines umweltsensiblen Urheberrechts, ZUM 2015, S. 273–290.
- Ders.*: Das Interpretenrecht, Köln 2006.

- Ders.*: Die Entwicklung des Urheberrechts im Jahr 2017 – Teil II, ZUM 2018, S. 321–340.
- Ders.*: Prozeduralisierung im Urheberrecht – Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 14.11.2019 – C-484/18 – Spedidam u. a./INA (ZUM 2020, 46), ZUM 2020 S. 50–53.
- Ders.*: Verbreiten, Vermieten und Verleihen im Europäischen Urheberrecht, in: Thomas Dreier/Karl-Nikolaus Peifer/Louisa Specht (Hrsg.): Anwalt des Urheberrechts. Festschrift für Gernot Schulze zum 70. Geburtstag, München 2017, S. 67–74.
- Ders.*: Vergütungsansprüche im Urheberrecht. Ein Beitrag zum Verhältnis von *property rights* und *liability rules*, ZGE/IPJ 2017, S. 188–209.
- Ders.*: Vergütungsgerechtigkeit auf Online-Plattformen. Einleitung zu der gleichnamigen Arbeitssitzung des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 20.1.2017 in München, ZUM 2017, S. 265–268.
- Ders.*: Zugangsregeln bei Verlinkungen auf rechtswidrig zugänglich gemachte Werke, ZUM 2016, S. 905–919.
- Ders./Podszun, Rupprecht*: Ein *more technological approach* für das Immaterialgüterrecht?, ZGE/IPJ 2014, S. 269–270.
- Grzeszick, Bernd*: Der Anspruch des Urhebers auf angemessene Vergütung: Zulässiger Schutz jenseits der Schutzpflicht, AfP 2002, S. 383–390.
- Ders.*: Geistiges Eigentum und Art. 14 GG, ZUM 2007, S. 344–354.
- Hansen, Gerd*: Der urhebervertragsrechtliche Regelungskomplex im „Diskussionsentwurf“ zur Umsetzung der DSM-RL aus Sicht der Film- und Fernsehbranche – Eine kritische Würdigung. Kommentar zum Diskussionsentwurf des BMJV v. 24.6.2020 zu einem Zweiten Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, ZUM 2020, S. 692–700.
- Ders./Schmidt-Bischoffshausen, Albrecht*: Ökonomische Funktionen von Verwertungsgesellschaften – Kollektive Wahrnehmung im Lichte von Transaktionskosten- und Informationsökonomik, GRUR Int. 2007, S. 461–481.
- Hartlieb, Holger von/Schwarz, Mathias (Hrsg.)*: Handbuch des Film-, Fernseh- und Videorechts, 6. Aufl., München 2018.
- Hegener, Jochen Christoph*: Die angemessene Vergütung im Urhebervertragsrecht. Zur Konkretisierung des § 32 Abs. 2 S. 2 UrhG zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Branchentarifen, Göttingen 2019.
- Henke, Hannes*: Bestandsaufnahme und Perspektiven des Verleihrechts, in: Moritz Hennemann/Andreas Sattler (Hrsg.): Immaterialgüter und

Digitalisierung. Junge Wissenschaft zum Gewerblichen Rechtsschutz, Urheber- und Medienrecht. 2. Assistantentagung Grüner Bereich Freiburg 2017, Baden-Baden 2017, S. 183–197.

*Henning-Bodewig, Frauke*: Urhebervertragsrecht auf dem Gebiet der Filmherstellung und -verwertung, in: Friedrich-Karl Beier/Horst-Peter Götting/Michael Lehmann/Rainer Moufang (Hrsg.): Urhebervertragsrecht. Festgabe für Gerhard Schricker zum 60. Geburtstag, München 1995, S. 389–425.

*Hertin, Paul W.*: Werklohn und angemessene Vergütung, GRUR 2011, S. 1065–1069.

*Ders.*: Zum Künstlerbegriff des Urheberrechtsgesetzes und des Rom-Abkommens. Zugleich eine Besprechung von Hans. OLG in GRUR 1976, 708 = UFITA Bd. 79 (1977) S. 331 – Staatstheater und LG Hamburg in GRUR 1976, 151 = UFITA Bd. 78 (1977) S. 264 – Rundfunksprecher, UFITA 81 (1978), S. 39–56.

*Ders./Wagner, Sandra*: Urheberrecht, 3. Aufl., München 2019.

*Hilty, Reto M.*: Kontrolle der digitalen Werknutzung zwischen Vertrag und Erschöpfung, GRUR 2018, S. 865–880.

*Ders.*: Rechtemanagement und Urheberrecht im Online-Zeitalter – Funktioniert das Modell der Ausschließlichkeit und der individuellen Rechteverwertung?, in: Klaus Stern/Karl-Nikolaus Peifer/Karl-Eberhard Hain (Hrsg.): Werkvermittlung und Rechtemanagement im Zeitalter von Google und YouTube – Urheberrechtliche Lösungen für die audiovisuelle Medienwelt, München 2011, S. 71–89.

*Ders.*: Verbotsrecht vs. Vergütungsanspruch: Suche nach den Konsequenzen der tripolaren Interessenlage im Urheberrecht, in: Ansgar Ohly/Theo Bodewig/Thomas Dreier/Horst-Peter Götting/Maximilian Haedicke/Michael Lehmann (Hrsg.): Perspektiven des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts. Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag, München 2005, S. 325–352.

*Ders.*: Vergütungssystem und Schrankenregelungen. Neue Herausforderungen an den Gesetzgeber, GRUR 2005, S. 819–828.

*Ders./Peukert, Alexander*: Das neue deutsche Urhebervertragsrecht im internationalen Kontext, GRUR Int. 2002, S. 643–667.

*Höckelmann, Eckhard*: Der neue „Bestsellerparagraph“, ZUM 2005, S. 526–532.

*Hoeren, Thomas*: Auf der Suche nach dem „iustum pretium“: Der gesetzliche Vergütungsanspruch im Urhebervertragsrecht, MMR 2000, S. 449–450.

*Ders.*: Strukturelle Vertragsimparität und der Schutz der Kreativen im Urheberrecht, ZGE/IPJ 2013, S. 147–175.

- Ders.*: Was bleibt von §§ 32, 32a, 36 UrhG? Überlegungen zur Zukunft des Urhebervertragsrechts, in: Kirsten-Inger Wöhrn/Winfried Bullinger/Eike W. Grunert (Hrsg.): Festschrift für Artur-Axel Wandtke zum 70. Geburtstag am 26. März 2013, Berlin 2013, S. 159–186.
- Höss, Georg*: Komplexe Werke und einfache Vergütungsstrukturen – Anforderungen an Vergütungsstrukturen aus der Sicht der Produktionsunternehmen, ZUM 2015, S. 741–748.
- Hofmann, Franz*: E-Lending – Elektronisches Vermieten und elektronisches Verleihen aus urheberrechtlicher Sicht, ZUM 2018, S. 107–114.
- Ders.*: Grundsatz der Technologieneutralität im Urheberrecht? Zugleich Gedanken zu einem *more technological approach*, ZGE/IPJ 2016, S. 482–512.
- Ders.*: Kontrolle oder nachlaufender Rechtsschutz – wohin bewegt sich das Urheberrecht? Rechtsdurchsetzung in der EU zwischen Kompensation und Bestrafung, GRUR 2018, S. 21–29.
- Ders.*: Recht der digitalen Güter: Keine digitale Erschöpfung bei der Weitergabe von E-Books – Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 19.12.2019 – C-263/18 – NUV u. a./Tom Kabinet Internet u. a. (ZUM 2020, 129), ZUM 2020, S. 136–138.
- Hofmann, Jürgen*: Die Online-SatCab-Richtlinie – Muss das sein oder kann das weg? Vortrag auf dem Symposium „Die Online-SatCab-Richtlinie – Analyse und Umsetzungsmöglichkeiten“ des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 3.5.2019, ZUM 2019, S. 551–556.
- Hohagen, Gisbert*: Die verhältnismäßige Beteiligung des Urhebers im französischen Urhebervertragsrecht, in: Peter Ganea (Hrsg.): Urheberrecht gestern, heute, morgen. Festschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag, München 2001, S. 81–100.
- Homann, Hans-Jürgen*: Praxishandbuch Filmrecht. Ein Leitfaden für Film-, Fernseh- und Medienschaffende, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg 2009.
- Ders.*: Praxishandbuch Musikrecht. Ein Leitfaden für Musik- und Medienschaffende, Berlin/Heidelberg 2007.
- Homar, Philipp*: Gesetzliche Vergütungsansprüche zur Herstellung eines Interessenausgleichs im digitalen Zeitalter, in: Moritz Hennemann/Andreas Sattler (Hrsg.): Immaterialgüter und Digitalisierung. Junge Wissenschaft zum Gewerblichen Rechtsschutz, Urheber- und Medienrecht. 2. Assistententagung Grüner Bereich Freiburg 2017, Baden-Baden 2017, S. 199–217.
- Ders.*: Wertschöpfung vs. Partizipation: Die Vergütung der Nutzung auf User-Upload-Content-Plattformen, in: Lena Maute/Mark-Oliver Mackenrodt

- (Hrsg.): Recht als Infrastruktur für Innovation. GRUR Junge Wissenschaft München 2018, Baden-Baden 2019, S. 223–244.
- Houareau, René*: Die EU-Urheberrechtsrichtlinie aus Sicht der Musikindustrie. Plattform-Haftung, Lizenzpflicht und Harmonisierung – auf dem Weg zu einem resilienten Markt, MMR 2019, S. 635–639.
- Ders.*: Reform des Urhebervertragsrechts aus Sicht der Musikproduzenten. Keine „einfachen“ Lösungen für komplexe Wirtschaftsfragen, ZUM 2015, S. 469–474.
- Hucko, Elmar*: Das neue Urhebervertragsrecht, Halle/Saale 2002.
- Ingendaay, Dominik*: Künstlerverträge. Vertragspraxis und Inhaltskontrolle von Tonträgerproduktionsverträgen nach deutschem und US-amerikanischem Recht, Baden-Baden 2008.
- Jacob, Jan*: Ausschließlichkeitsrechte an immateriellen Gütern. Eine kantische Rechtfertigung des Urheberrechts, Tübingen 2010.
- Jacobs, Rainer*: Das neue Urhebervertragsrecht, NJW 2002, S. 1905–1909.
- Ders.*: Die angemessene und die unangemessene Vergütung – Überlegungen zum Verständnis der §§ 32, 32a, UrhG, in: Hans-Jürgen Ahrens/Joachim Bornkamm/Hans-Peter Kunz-Hallenstein (Hrsg.): Festschrift für Eike Ullmann, Saarbrücken 2006, S. 79–92.
- Ders.*: Die Karlsruher Übersetzer tarife. Zugleich Anmerkung zu BGH „Destructive Emotions“, GRUR 2011, S. 306–309.
- Jaeger, Till*: Der ausübende Künstler und der Schutz seiner Persönlichkeitsrechte im Urheberrecht Deutschlands, Frankreichs und der Europäischen Union, Baden-Baden 2002.
- Jani, Ole*: Der Buy-Out-Vertrag im Urheberrecht, Berlin 2003.
- Kähler, Jan Jelle*: Probleme der Praxis beim Rechteerwerb für non-lineare Online-Angebote im öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ZUM 2016, S. 417–426.
- Kasten, Jürgen*: Reform des Urhebervertragsrechts aus Sicht der Regisseure. Vom Suchen und Finden der angemessenen Vergütung – Mindesthonorar, tarifvertraglicher Vorrang und andere Probleme urhebervertragsrechtlicher Praxis, ZUM 2015, S. 479–488.
- Ders.*: Strategien der Verweigerung und Risikoanhäufung. Probleme der Anwendung des neuen Urhebervertragsrechts in der Film- und Fernsehwirtschaft, ZUM 2010, S. 130–136.
- Katzenberger, Paul*: Gemeinsame Vergütungsregeln als kollektives Instrument, in: Eva Inés Oberfell (Hrsg.): Zehn Jahre reformiertes Urhebervertragsrecht. 1. Josef Kohler-Symposium, Berlin 2013, S. 55–73.

- Kerber, Wolfgang*: Zur Komplexität der Anwendung des ökonomischen Anreizparadigmas bei geistigen Eigentumsrechten. Ein wirtschaftspolitischer Analyserahmen, in: Michael Grünberger/Stefan Leible (Hrsg.): Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten, Tübingen 2014, S. 31–60.
- Klass, Nadine*: Die geplante Schutzfristenverlängerung für ausübende Künstler und Tonträgerhersteller: Der falsche Ansatz für das richtige Ziel, ZUM 2008, S. 663–673.
- Dies.:* Neue Internettechnologien und das Urheberrecht: Die schlichte Einwilligung als Rettungsanker? Zugleich Besprechung der Vorschaubilder I und II-Entscheidungen des BGH, ZUM 2013, S. 1–10.
- Klatt, Heiko*: Die urheberrechtliche Einordnung personalisierter Internet-Radios, CR 2009, S. 517–522.
- Kling, Camilla*: Gebietsübergreifende Vergabe von Online-Rechten an Musikwerken. Probleme einer effizienten Lizenzierungspraxis unter Geltung des VGG, Berlin/Boston 2018.
- Kloth, Mathias*: Der Schutz der ausübenden Künstler nach TRIPs und WPPT, Baden-Baden 2000.
- Kohler, Josef*: Autorschutz des reproduzierenden Künstlers, GRUR 1909, S. 230–232.
- Konertz, Roman*: Die Sondervergütung des Urhebers im Arbeitsverhältnis. Unter Berücksichtigung der Auswirkungen der DSM-RL und ihrer nationalen Umsetzung, ZUM 2020, S. 929–938.
- Koof, Alexander*: Senderecht und Recht der öffentlichen Zugänglichmachung im Zeitalter der Konvergenz der Medien, Tübingen 2015.
- Kraßer, Rudolf*: Urheberrecht in Arbeits-, Dienst- und Auftragsverhältnissen, in: Friedrich-Karl Beier/Horst-Peter Götting/Michael Lehmann/Rainer Moufang (Hrsg.): Urhebervertragsrecht. Festgabe für Gerhard Schricker zum 60. Geburtstag, München 1995, S. 77–115.
- Kreile, Johannes*: Komplexe Werke und einfache Vergütungsstrukturen – Verwertungsgesellschaften als Lösungsansatz, ZUM 2015, S. 765–769.
- Kromer, Eberhard*: Zur angemessenen Vergütung in der digitalen Welt. Ansprüche aus §§ 32 ff. und §§ 36 f. UrhG bei non-physischen digitalen Nutzungen insbesondere von Musik, AfP 2013, S. 29–34.
- Krüger, Christof*: „EROC III“ – Eine rechtsdogmatische Erosion? – Überlegungen zu BGH GRUR 2003, 234 ff. –, in: Ulrich Loewenheim (Hrsg.): Urheberrecht im Informationszeitalter. Festschrift für Wilhelm Nordemann zum 70. Geburtstag am 8. Januar 2004, München 2004, S. 343–348.



- Ders.:* Kritische Bemerkungen zum Regierungsentwurf für ein Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft aus der Sicht eines Praktikers, ZUM 2003, S. 122–127.
- Kruse, Till:* Die rechtliche Differenzierung zwischen Urhebern und ausübenden Künstlern unter besonderer Berücksichtigung des § 79 UrhG, Hamburg 2013.
- Kuckuk, Meike:* Die Vergütungsansprüche der Arbeitnehmerurheber im Spannungsfeld zwischen Arbeitsrecht und neuem Urheberrecht, Frankfurt am Main 2005.
- Kurz, Hanns/Kehrl, Beate/Nix, Christoph:* Praxishandbuch Theater- und Kulturveranstaltungsrecht, 2. Aufl., München 2015.
- Kuschel, Linda:* Zur urheberrechtlichen Einordnung des Weiterverkaufs digitaler Werkexemplare – Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 19.12.2019 – C-263/18 – NUV u. a./Tom Kabinet Internet u. a. (ZUM 2020, 129), S. 138–140.
- Landes, William M./Posner, Richard A.:* An Economic Analysis of Copyright Law, The Journal of Legal Studies, Vol. 18 (1989), S. 325–363.
- Lehmann, Michael:* Ausschließlichkeitsrechte, Vergütungsansprüche und zwingende Mindestnutzerrechte in einer digitalen Welt, in: Ulrich Loewenheim (Hrsg.): Urheberrecht im Informationszeitalter. Festschrift für Wilhelm Nordemann zum 70. Geburtstag am 8. Januar 2004, München 2004, S. 43–50.
- Leidl, Laura:* Gemeinsame Vergütungsregeln und Tarifverträge. Die Wirkung kollektiver Vergütungsinstrumente auf den Anspruch des Urhebers auf angemessene Vergütung, Tübingen 2019.
- Leistner, Matthias:* Der Anspruch auf weitere Beteiligung nach § 32a UrhG in Lizenzketten, in: Christoph Haesner/Johannes Kreile/Gernot Schulze (Hrsg.): Zwischen Gestern und Morgen. Medien im Wandel. Festschrift für Mathias Schwarz zum 65. Geburtstag, München 2017, S. 19–26.
- Ders.:* Der Beitrag ökonomischer Forschung zum Urheberrecht. Bestandsaufnahme und interdisziplinäre Ideenskizze, ZGE/IPJ 2009, S. 403–456.
- Ders.:* „Ende gut, alles gut“ ... oder „Vorhang zu und alle Fragen offen“? Das salomonische Urteil des EuGH in Sachen „Pelham [Metall auf Metall]“, GRUR 2019, S. 1008–1015.
- Ders.:* Reformbedarf im materiellen Urheberrecht: Online-Plattformen und Aggregatoren. Referat auf der Konferenz „Die Zukunft des Urheberrechts – 50 Jahre Urheberrecht in Deutschland“ am 1. Dezember 2015 in Berlin, ZUM 2016, S. 580–594.

*Ders.:* Urheberrecht an der Schnittstelle zwischen Unionsrecht und nationalem Recht. Werkbegriff und Recht der öffentlichen Wiedergabe, GRUR 2014, S. 1145–1155.

*Ders./Metzger, Axel:* The EU Copyright Package: A Way Out of the Dilemma in Two Stages, IIC 2017, S. 381–384.

*Lewinski, Silke von:* Die diplomatische Konferenz der WIPO 1996 zum Urheberrecht und zu verwandten Schutzrechten, GRUR Int. 1997, S. 667–681.

*Dies.:* Die Umsetzung der Richtlinie zum Vermiet- und Verleihrecht, ZUM 1995, S. 442–450.

*Dies.:* Die urheberrechtliche Vergütung für das Verleihen und Vermieten von Werkstücken (§ 27 UrhG), München 1990.

*Dies.:* Elektronischer „Verleih“ nach der EuGH-Entscheidung VOB/Stichting Leenrecht – was nun?, in: dies./Heinz Wittmann (Hrsg.): Urheberrecht! Festschrift für Michel M. Walter zum 80. Geburtstag, Wien 2018, S. 64–80.

*Dies.:* Urhebervertragsrecht in ausgewählten Ländern: Frankreich, in: Friedrich-Karl Beier/Horst-Peter Götting/Michael Lehmann/Rainer Moufang (Hrsg.): Urhebervertragsrecht. Festgabe für Gerhard Schricker zum 60. Geburtstag, München 1995, S. 685–723.

*Loewenheim, Ulrich (Hrsg.):* Handbuch Urheberrecht, 3. Aufl., München 2018.

*Lucas, André:* Eine kritische Bilanz des französischen Urhebervertragsrechts, in: Ulrich Loewenheim (Hrsg.): Urheberrecht im Informationszeitalter. Festschrift für Wilhelm Nordemann zum 70. Geburtstag am 8. Januar 2004, München 2004, S. 539–550.

*Ders./Lucas-Schloetter, Agnès/Bernault, Carine:* Traité de la propriété littéraire et artistique, 5. Aufl., Paris 2017.

*Lucas-Schloetter, Agnès:* Das neue Urhebervertragsrecht, GRUR 2017, S. 235–241.

*Dies.:* Das Recht der öffentlichen Wiedergabe in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, ZGE/IPJ 2013, S. 84–102.

*Dies.:* Die urhebervertragsrechtlichen Bestimmungen des Richtlinienvorschlags über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, GRUR Int. 2018, S. 430–432.

*Maier, Yvonne:* Komplexe Werke und einfache Vergütungsstrukturen – Lösungen für Altfälle, ZUM 2015, S. 749–752.

- Malcher, Arno*: Personalisierte Webradios – Sendung oder Abruf. Die urheberrechtliche Einordnung internetbasierter Musikdienste am Beispiel personalisierter Webradios, Hamburg 2011.
- Metzger, Axel*: Beteiligungsgrundsatz und Fairness – Warum das Vertragsrecht ungeeignet ist, die soziale Frage der Urheber zu lösen, in: Eva Inés Obergfell (Hrsg.): Zehn Jahre reformiertes Urhebervertragsrecht. 1. Josef Kohler-Symposium, Berlin 2013, S. 37–53.
- Ders.*: Regulierung im Urheberrecht – Herausforderungen und Perspektiven. Keynote auf dem II. ZUM-Symposium „Urheberrecht zwischen den Legislaturperioden – Rückblick und Ausblick“ am 26.1.2018 in München, ZUM 2018, S. 233–242.
- Möhring, Phillip/Nicolini, Käte (Hrsg.)*: Urheberrecht. Kommentar, 4. Aufl., München 2018.
- Moser, Rolf/Scheuermann, Andreas/Drücke, Florian (Hrsg.)*: Handbuch der Musikwirtschaft, 7. Aufl., München 2018.
- Neubauer, Michael*: Gemeinsame Vergütungsregeln (GVR). Voraussetzungen, Probleme und Lösungen am Beispiel der gemeinsamen Vergütungsregel des Berufsverbands Kinematografie (BVK) mit der Constantin Film Produktion GmbH (CFP), ZUM 2013, S. 716–724.
- Ders.*: Komplexe Werke und einfache Vergütungsstrukturen – Die Sicht der „Außenseiter“. Notwendigkeit einer konsensualen Entwicklung urheberrechtlich fundierter Modelle für Erlösbeteiligungen, ZUM 2015, S. 753–761.
- Niebler, Julia*: Die Online-SatCab-Richtlinie – Weitersendung 2.0? Vortrag auf dem Symposium „Die Online-SatCab-Richtlinie – Analyse und Umsetzungsmöglichkeiten“ des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 3.5.2019, ZUM 2019, S. 545–550.
- Nix, Christoph/Hegemann, Jan/Schneider, Angie. (Hrsg.)*: Normalvertrag Bühne. Handkommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2020.
- Nordemann, Jan Bernd/Waiblinger, Julian*: Die Entwicklung der unter- und obergerichtlichen Rechtsprechung zum Urheberrecht im Jahr 2017, GRUR-RR 2018, S. 177–186.
- Dies.*: Art. 17 DSM-RL – Spannungsverhältnis zum bisherigen Recht? Zur systematischen Einordnung von Art. 17 DSM-RL, GRUR 2020, S. 569–576.
- Obergfell, Eva Inés/Zurth, Patrick*: Die Angemessenheit vertraglicher Urhebervergütungen und ihre gesetzlichen Sicherungsmechanismen. Zur Reform der Reform des Urhebervertragsrechts, ZGE/IPJ 2016, S. 1–47.

*Dies.:* Nach der Reform der Reform: Das neue Urhebervertragsrecht, ZGE/IPJ 2017, S. 21–46.

*Ohly, Ansgar:* Anmerkung zu EuGH: „Öffentliche Wiedergabe“ durch Verkauf „gebrauchter“ E-Books – NUV ua/Tom Kabinet, GRUR 2020, S. 184–186.

*Ders.:* Die Angemessenheit von Vergütungen, Tarifen und Gesamtverträgen, in: Karl Riesenhuber (Hrsg.): Die „Angemessenheit“ im Urheberrecht. Prozedurale und materielle Wege zu ihrer Bestimmung. INTERGU-Tagung 2012, Tübingen 2013, S. 169–187.

*Ders.:* Gutachten F zum 70. Deutschen Juristentag. Urheberrecht in der digitalen Welt – Brauchen wir neue Regelungen zum Urheberrecht und dessen Durchsetzung?, München 2014.

*Olenhusen, Albrecht Götz von:* Anmerkung zu BAG, Urteil vom 17. Februar 2009 – 9 AZR 611/07, ZUM 2009, S. 889–892.

*Ders.:* Der Arbeitnehmer-Urheber im Spannungsfeld zwischen Urheber-, Vertrags- und Arbeitsrecht, ZUM 2010, S. 474–482.

*Ory, Stephan:* Abweichen von gemeinsamen Vergütungsregeln, ZUM 2017, S. 457–461.

*Ders.:* Das neue Urhebervertragsrecht, AfP 2002, S. 93–104.

*Ders.:* Neues Recht für Verträge mit Kreativen, NJW 2017, S. 753–757.

*Ders.:* Urhebervertrag individuell oder kollektiv?, ZRP 2015, S. 241–243.

*Ders.:* Urhebervertragsrecht – Die Reform der Reform – Von der angemessenen Vergütung zum Besonderen Urhebervertragsrecht?, in: ders./Mark D. Cole (Hrsg.): Reform des Urhebervertragsrechts. Dokumentation der EMR-Veranstaltung vom 28. Januar 2016 in Berlin, Baden-Baden 2016, S. 11–46.

*Ders.:* Urhebervertragsrecht vor der dritten Reform, AfP 2019, S. 287–293.

*Ders.:* Verschärfung des Urhebervertragsrechts, AfP 2015, S. 389–394.

*Pappi, Urban:* Neue Möglichkeiten der Rechtswahrnehmungen bei Plattformnutzungen. Vortrag auf der 7. Urheberrechtskonferenz der Initiative Urheberrecht am 11.11.2019 in Berlin, ZUM 2020, S. 11–17.

*Pech, Sebastian:* Modelle kollektiver Beteiligungsregeln in der Filmverwertung. Diskussionsbericht zum gleichnamigen XXVII. Münchner Symposium zum Film- und Medienrecht des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 5. Juli 2013, ZUM 2013, S. 757–760.

- Ders.:* Urhebervertragsrecht in der Reform – Erste Entwürfe und Reaktionen. Diskussionsbericht zur gleichnamigen Arbeitssitzung des Instituts für Urheber- und Medienrecht, München, am 20. März 2015, ZUM 2015, S. 474–479.
- Ders.:* Vergütungsgerechtigkeit auf Online-Plattformen. Tagungsbericht zur gleichnamigen Arbeitssitzung des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 20.1.2017, ZUM 2017, S. 320–324.
- Peifer, Karl-Nikolaus:* Anpassungsbedarf durch die neue Urheberrechtsrichtlinie. Das neue Urhebervertragsrecht und die Verlegerbeteiligung, GRUR 2020, S. 14–23.
- Ders.:* Das neue Urhebervertragsrecht – Herausforderungen für die Vertragsgestaltung. Wesentliche Änderungen, Auswirkungen auf die Vertragsgestaltung, europäische Entwicklungen, AfP 2018, S. 109–114.
- Ders.:* Die urhebervertragsrechtlichen Normen in der Copyright Richtlinie, ZUM 2019, S. 648–658.
- Ders.:* Zur angemessenen Vergütung im Urhebervertragsrecht, AfP 2008, S. 545–551.
- Peukert, Alexander:* Die Leistungsschutzrechte des ausübenden Künstlers nach dem Tode, Baden-Baden 1999.
- Ders.:* Leistungsschutz des ausübenden Künstlers de lege lata und de lege ferenda unter besonderer Berücksichtigung der postmortalen Rechtslage, UFITA 138 (1999), S. 63–84.
- Ders.:* Neue Techniken und ihre Auswirkung auf die Erhebung und Verteilung gesetzlicher Vergütungsansprüche, ZUM 2003, S. 1050–1061.
- Pfennig, Gerhard:* Forderungen der deutschen Urheber und ausübenden Künstler zum Reformprozess des Urheberrechts der EU. Statement auf dem II. ZUM-Symposium „Urheberrecht zwischen den Legislaturperioden – Rückblick und Ausblick“ am 26.1.2018 in München, ZUM 2018, S. 252–259.
- Pflüger, Claudius:* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung. Dispositionsmöglichkeiten bei Vergütungsansprüchen aus gesetzlichen Lizenzen, Baden-Baden 2017.
- Plate, John-Christian:* Die Verwertungsgesellschaftspflicht für urheberrechtliche Vergütungsansprüche und ausschließliche Verwertungsrechte, Berlin 2003.
- Pleister, Christian/Ruttig, Markus:* Beteiligungsansprüche für ausübende Künstler bei Bestsellern, ZUM 2004, S. 337–344.

*Poll, Günter:* „Darf’s noch ein bisschen mehr sein?“ Zur Unangemessenheit der Anwendung des Bestsellerparagraphen (§ 32 a UrhG) auf den Filmbereich, ZUM 2009, S. 611–620.

*Ders.:* Neue internetbasierte Nutzungsformen. Das Recht der Zugänglichmachung auf Abruf (§ 19a UrhG) und seine Abgrenzung zum Senderecht (§§ 20, 20b UrhG), GRUR 2007, S. 476–483.

*Reber, Nikolaus:* Anmerkung zu Kammergericht: Hohe Nachvergütung als Fairnessausgleich für Synchronsprecher international erfolgreicher Spielfilme – Fluch der Karibik II (GRUR Int. 2016, 1072), GRUR Int. 2016, S. 1079–1081.

*Ders.:* Das neue Urhebervertragsrecht. Der Gesetzentwurf zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern – die angemessene Beteiligung der Kreativen in den Medien!?, ZUM 2000, S. 729–736.

*Ders.:* Der „Ertrag“ als Grundlage der angemessenen Vergütung/Beteiligung des Urhebers (§§ 32, 32a, 32c UrhG) in der Film- und Fernsehbranche – Keine „monkey points“ nach Art US-amerikanischer Filmvertragsklauseln –, GRUR Int. 2011, S. 569–579.

*Ders.:* Die Beteiligung von Urhebern und ausübenden Künstlern an der Verwertung von Filmwerken in Deutschland und den USA, München 1998.

*Ders.:* Die Redlichkeit der Vergütung (§ 32 UrhG) im Film- und Fernsehbereich, GRUR 2003, S. 393–398.

*Ders.:* Die urhebervertragsrechtlichen Regelungen im Diskussionsentwurf des BMJV (§§ 32 ff. UrhG). Kommentar zum Diskussionsentwurf des BMJV v. 24.6.2020 zu einem Zweiten Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, ZUM 2020, S. 700–711.

*Ders.:* Die urhebervertragsrechtlichen Regelungen zur „angemessenen Vergütung“ in der DSM-Richtlinie. Art. 18 und 20 DSM-RL vor dem Hintergrund der nationalen Rechtsentwicklung, GRUR 2019, S. 891–897.

*Ders.:* Fallstricke des § 32a Abs. 2 UrhG – der Anspruch des Urhebers auf „Fairnessausgleich“ (Bestseller) gegenüber dem Drittnutzer, GRUR Int. 2015, S. 802–809.

*Ders.:* Territorial gespaltene Tonträgernutzung und Künstler-Nachvergütung: Elvis Presley inflationsbedingt kein Bestseller-Künstler?, GRUR Int. 2017, S. 943–948.

*Rehbinder, Manfred:* Die urheberrechtlichen Verwertungsrechte nach der Einführung des Vermietrechts, ZUM 1996, S. 349–355.

*Ders./Peukert, Alexander:* Urheberrecht, 18. Aufl., München 2018.

*Reich, Michael Mark:* Die ökonomische Analyse des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, München 2006.

*Reinbothe, Jörg:* Die angemessene Vergütung im Urheberrecht der Europäischen Union – Der Versuch einer Bestandsaufnahme, in: Silke von Lewinski/Heinz Wittmann (Hrsg.): Urheberrecht! Festschrift für Michel M. Walter zum 80. Geburtstag, Wien 2018, S. 101–123.

*Reuband, Karl-Heinz:* Opern „live“ im Kino. Wird durch Opernübertragungen ins Kino ein neues und sozial ausgewogeneres Publikum erschlossen als durch Aufführungen im Opernhaus?, Jahrbuch für Kulturmanagement 2013 (1), S. 223–246.

*Rieder, Markus S./Schütze, Rolf A./Weipert, Lutz:* Münchener Vertragshandbuch. Band 3: Wirtschaftsrecht II, 7. Aufl., München 2015.

*Riesenhuber, Karl:* Grundlagen der „angemessenen Vergütung“, GRUR 2013, S. 582–590.

*Ders.:* Wachsende Bedeutung zentralisierter Rechtewahrnehmung und die Rolle von Verwertungsgesellschaften. Referat auf der Konferenz „Die Zukunft des Urheberrechts – 50 Jahre Urheberrecht in Deutschland“ am 1. Dezember 2015 in Berlin, ZUM 2016, S. 216–222.

*Ritgen, Klaus:* Vertragsparität und Vertragsfreiheit, JZ 2002, S. 114–121.

*Rohweder, Inga:* Der ausübende Künstler und seine Rechtsposition im Rechtsverkehr, UFITA 2015/II, S. 401–460.

*Roos, Philipp:* Die AGB-Verbandsklage im Urhebervertragsrecht, Baden-Baden 2016.

*Ders.:* (K)Eine Chance für das europaweite Streaming von Fernseh- und Hörfunkprogrammen? Die Revision der Satelliten- und Kabelrichtlinie, MMR 2019, S. 793–798.

*Rosbach, Claudia:* Die Vergütungsansprüche im deutschen Urheberrecht. Praktische Wahrnehmung, Rechtsverkehr und Dogmatik, Baden-Baden 1990.

*Dies./Joos, Ulrich:* Vertragsbeziehungen im Bereich der Musikverwertung unter besonderer Berücksichtigung des Musikverlags und der Tonträgerherstellung, in: Friedrich-Karl Beier/Horst-Peter Götting/Michael Lehmann/Rainer Moufang (Hrsg.): Urhebervertragsrecht. Festgabe für Gerhard Schricker zum 60. Geburtstag, München 1995, S. 333–387.

*Rothkegel, Tobias:* Die Verkehrsfähigkeit und Bestandssicherheit urheberrechtlicher Lizenzen. Eine Untersuchung der Disparität zwischen gesetzlichem Rahmen und steigender volkswirtschaftlicher und

gesellschaftlicher Relevanz der Lizenzierung Geistigen Eigentums, Baden-Baden 2009.

*Sasse, Helge/Waldhausen, Hans*: Musikverwertung im Internet und deren vertragliche Gestaltung – MP3, Streaming, Webcast, On-demand-Service etc. Anforderungen an die Vertragsgestaltung aus der Sicht des Künstlers, ZUM 2000, S. 837–849.

*Schack, Haimo*: Neuregelung des Urhebervertragsrechts. Kritische Anmerkungen zum Professorenentwurf, ZUM 2001, S. 453–466.

*Ders.*: Rechtsprobleme der Online-Übermittlung, GRUR 2007, S. 639–645.

*Ders.*: Urheber- und Urhebervertragsrecht, 9. Aufl., Tübingen 2019.

*Ders.*: Urhebervertragsrecht im Meinungsstreit, GRUR 2002, S. 853–859.

*Ders.*: Zur Rechtfertigung des Urheberrechts als Ausschließlichkeitsrecht, in: Otto Depenheuer/Karl-Nikolaus Peifer (Hrsg.): Geistiges Eigentum: Schutzrecht oder Ausbeutungstitel? Zustand und Entwicklungen im Zeitalter von Digitalisierung und Globalisierung, Berlin 2008, S. 123–141.

*Schardt, Andreas*: Musikverwertung im Internet und deren vertragliche Gestaltung. Anforderungen an die Vertragsgestaltung aus der Sicht des Musikverwerter, ZUM 2000, S. 849–856.

*Schaub, Renate*: Der „Fairnessausgleich“ nach § 32 a UrhG im System des Zivilrechts, ZUM 2005, S. 212–220.

*Dies.*: Die Angemessenheit im Urhebervertragsrecht, §§ 32 ff. UrhG, in: Karl Riesenhuber (Hrsg.): Die „Angemessenheit“ im Urheberrecht. Prozedurale und materielle Wege zu ihrer Bestimmung. INTERGU-Tagung 2012, Tübingen 2013, S. 97–115.

*Scheuermann, Andreas/Strittmatter, Angelika*: Die Angemessenheit der Vergütung nach § 27 UrhG für das Vermieten/Verleihen von Bildtonträgern in Videotheken. Ernst Reichardt zum 70. Geburtstag, ZUM 1990, S. 338–348.

*Scheufele, Markus*: Neue gesetzliche Vergütungsansprüche für Kreative? Vortrag auf der Arbeitssitzung „Vergütungsgerechtigkeit auf Online-Plattformen“ des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 20.1.2017 in München, ZUM 2017, S. 316–320.

*Schippan, Martin*: Klare Worte des BGH zur Wirksamkeit von Honorarbedingungen für freie Journalisten. Zugleich Besprechung von BGH ZUM 2012, 793 – Honorarbedingungen Freie Journalisten, ZUM 2012, S. 771–781.



*Schmidt, Andreas J.*: Urheberrechtsverletzungen in der digitalen Netzökonomie. Eine ökonomische Analyse zu den veränderten Rahmenbedingungen, Köln 2012.

*Schorn, Franz*: Das Recht der Interpreten in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, GRUR Int. 1983, S. 167–172.

*Schricker, Gerhard*: Zum Begriff der angemessenen Vergütung im Urheberrecht – 10 % vom Umsatz als Maßstab?, GRUR 2002, S. 737–742.

*Ders.*: Zum neuen deutschen Urhebervertragsrecht, GRUR Int. 2002, S. 797–809.

*Ders./Loewenheim, Ulrich (Hrsg.)*: Urheberrecht. Kommentar, 6. Aufl., München 2020.

*Schulze, Gernot*: Das Urhebervertragsrecht nach Erlass der EU-Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, GRUR 2019, S. 682–686.

*Ders.*: Desiderate der Urheberrechtsregulierung heute. Impulsvortrag auf dem II. ZUM-Symposium „Urheberrecht zwischen den Legislaturperioden – Rückblick und Ausblick“ am 26.1.2018 in München, ZUM 2018, S. 242–248.

*Ders.*: Vermieten von Bestsellern, ZUM 2006, S. 543–546.

*Schwarz, Mathias*: Der Ergänzungstarifvertrag Erlösbeteiligung Kinofilm, ZUM 2013, S. 730–736.

*Ders.*: Die ausübenden Künstler, ZUM 1999, S. 40–51.

*Ders.*: Die Vereinbarung angemessener Vergütungen und der Anspruch auf Bestsellervergütungen aus Sicht der Film- und Fernsehbranche, ZUM 2010, S. 107–116.

*Ders.*: Klassische Nutzungsrechte und Lizenzvergabe bzw. Rückbehalt von „Internet-Rechten“, ZUM 2000, S. 816–837.

*Ders.*: Reform des Urhebervertragsrechts aus Sicht der Filmproduzenten, ZUM 2015, S. 466–469.

*Schwenzer, Oliver*: Die Rechte des Musikproduzenten. Eine Untersuchung zu den Urheber- und Leistungsschutzrechten und dem Urhebervertragsrecht in der Produktion und Vermarktung von Popmusik, Baden-Baden 1998.

*Ders.*: Tonträgerauswertung zwischen Exklusivrecht und Sendeprivileg im Lichte von Internetradio, GRUR Int. 2001, S. 722–732.

*Schwinge, Tobias*: Leistungsschutzrechte von ausübenden Künstlern im Arbeitsverhältnis, Hamburg 1999.

- Senffleben, Martin:* Filterverpflichtungen nach der Reform des europäischen Urheberrechts – Das Ende der freien Netzkultur? Vortrag auf dem III. ZUM-Symposion „EU-Urheberrechtsreform – Ergebnisse und Analysen“ des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 1.2.2019 in München, ZUM 2019, S. 369–374.
- Skupin, Florian:* Die „Online-SatCab-Richtlinie“ – Analyse und Umsetzungsmöglichkeiten. Tagungsbericht zu dem gleichnamigen Symposion des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 3.5.2019 in München, ZUM 2019, S. 561–566.
- Ders.:* Reform der Verlegerbeteiligung – Ausgestaltung der „Ansprüche auf gerechten Ausgleich“ nach Art. 16 DSM-RL. Tagungsbericht zu dem gleichnamigen Symposion des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 20.11.2019 in München, ZUM 2020, S. 117–122.
- Soppe, Martin:* Das Urhebervertragsrecht und seine Bedeutung für die Vertragsgestaltung, NJW 2018, S. 729–735.
- Ders.:* Geplante Gesetzesänderungen im Urhebervertragsrecht erschweren Auswertung urheberrechtlich geschützter Werke. Kommentar zum Diskussionsentwurf des BMJV v. 24.6.2020 zu einem Zweiten Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, ZUM 2020, S. 712–715.
- Ders.:* Verträge zwischen Kreativen und Verwertern – Überblick über aufgestellte gemeinsame Vergütungsregeln, in: Stephan Ory/Mark D. Cole (Hrsg.): Reform des Urhebervertragsrechts. Dokumentation der EMR-Veranstaltung vom 28. Januar 2016 in Berlin, Baden-Baden 2016, S. 169–184.
- Specht, Louisa:* Auswirkungen einer zunehmenden Technologieneutralität der Verwertungsrechte auf den Einsatz technischer Schutzmaßnahmen, in: Thomas Dreier/Karl-Nikolaus Peifer/Louisa Specht (Hrsg.): Anwalt des Urheberrechts. Festschrift für Gernot Schulze zum 70. Geburtstag, München 2017, S. 413–419.
- Spindler, Gerald:* Reformen der Vergütungsregeln im Urhebervertragsrecht, ZUM 2012, S. 921–933.
- Ders./Schuster, Fabian:* Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl., München 2019.
- Steinbeck, Anja:* Die Entwicklung des europäischen Urheberrechts in den Jahren 2012–2013, EuZW 2014, S. 329–337.
- Stickelbrock, Barbara:* Ausgleich gestörter Vertragsparität durch das neue Urhebervertragsrecht?, GRUR 2001, S. 1087–1095.

- Stieper, Malte:* Ausschließlichkeitsrecht oder Vergütungsanspruch: Vergütungsmodelle bei Aufmerksamkeitsplattformen, ZUM 2017, S. 132–140.
- Ders.:* Die Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt. Keynote auf der Konferenz „Perspektiven des Urheberrechts im Informationszeitalter“ am 19.11.2018 in Berlin, ZUM 2019, S. 211–217.
- Ders.:* Die Umsetzung von Art. 17 Abs. VII DSM-RL in deutsches Recht (Teil 1). Brauchen wir eine Schranke für Karikaturen, Parodien und Pastiche?, GRUR 2020, S. 699–708.
- Ders.:* Die Umsetzung von Art. 17 Abs. VII DSM-RL in deutsches Recht (Teil 2). Entwurf einer Schranke für Karikaturen, Parodien und Pastiche, GRUR 2020, S. 792–797.
- Ders.:* Ein angemessener Interessenausgleich im Verhältnis von Kreativen zu Rechteinhabern und Verwertungsgesellschaften? Vortrag auf dem III. ZUM-Symposium „EU-Urheberrechtsreform – Ergebnisse und Analysen“ des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 1.2.2019 in München, ZUM 2019, S. 393–400.
- Stöhr, Monika:* Gesetzliche Vergütungsansprüche im Urheberrecht, Baden-Baden 2008.
- Suwelack, Felix:* Die ökonomische Analyse des Filesharings und ihre Bedeutung für das europäische Urheberrecht, Hamburg 2018.
- Sykora, Sandra:* Aktuelle Entwicklung des Schweizer Urheberrechts, KUR 2018, S. 10–15.
- Thomas, Stefan:* Kollektive Preisabsprache mit Selbständigen, in: Stephan Ory/Mark D. Cole (Hrsg.): Reform des Urhebervertragsrechts. Dokumentation der EMR-Veranstaltung vom 28. Januar 2016 in Berlin, Baden-Baden 2016, S. 47–108.
- Tolkmitt, Jan:* Die angemessene Vergütung im Urheberrecht – Vergütungs- und Vertragsgestaltung durch Gerichte, in: Wolfgang Büscher/Willi Erdmann/Maximilian Haedicke/Helmut Köhler/Michael Loschelder (Hrsg.): Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag, München 2014, S. 991–1006.
- Ders.:* Gemeinsame Vergütungsregeln – ein kartellrechtlich weiterhin ungedeckter Scheck, GRUR 2016, S. 564–569.
- Ders.:* Tauschgerechtigkeit im kollektiven Urheberrecht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur urheberrechtlichen Preiskontrolle, Baden-Baden 2003.
- Ulmer, Eugen:* Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg 1980.

*Ulmer-Eilfort, Constanze/Obergfell, Eva Inés:* Verlagsrecht. Kommentar, München 2013.

*Ulrici, Bernhard:* Das Recht am Arbeitsergebnis, RdA 2009, S. 92–99.

*Ders.:* Vermögensrechtliche Grundfragen des Arbeitnehmerurheberrechts, Tübingen 2008.

*Ungern-Sternberg, Joachim von:* Die Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten im Jahre 2013, GRUR 2014, S. 209–224.

*Vogel, Martin:* Kollektives Urhebervertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Wahrnehmungsrechts, in: Friedrich-Karl Beier/Horst-Peter Götting/Michael Lehmann/Rainer Moufang (Hrsg.): Urhebervertragsrecht. Festgabe für Gerhard Schricker zum 60. Geburtstag, München 1995, S. 117–147.

*Ders.:* Zur Neuregelung des Rechts des ausübenden Künstlers, in: Ulrich Loewenheim (Hrsg.): Urheberrecht im Informationszeitalter. Festschrift für Wilhelm Nordemann zum 70. Geburtstag am 8. Januar 2004, München 2004, S. 349–355.

*Wagner, Kristina:* Streaming aus der Sicht des Endnutzers – noch Graubereich oder bereits tiefschwarz?, GRUR 2016, S. 874–882.

*Walter, Michel:* Gesetzliche Vergütungsansprüche als Alternative zu urheberrechtlichen Verbotsrechten im Internationalen und Europäischen Urheberrecht – Ein Überblick mit Ausblicken auf das deutsche und österreichische Recht, in: Thomas Dreier/Karl-Nikolaus Peifer/Louisa Specht (Hrsg.): Anwalt des Urheberrechts. Festschrift für Gernot Schulze zum 70. Geburtstag, München 2017, S. 185–197.

*Wandtke, Artur-Axel:* Anmerkung zu BGH, Urteil vom 7. Oktober 2013 – I ZR 41/12 – Synchronsprecher: Privatautonomie versus Urhebervertragsrecht, ZUM 2014, S. 585–587.

*Ders.:* Aufstieg oder Fall des Urheberrechts im digitalen Zeitalter, UFITA 2011/III, S. 649–684.

*Ders.:* Der Anspruch auf angemessene Vergütung für Urheber und ausübende Künstler nach § 32 UrhG im Spiegel der Verhaltensökonomik – Kommentar, in: Karl Riesenhuber/Lars Klöhn (Hrsg.): Das Urhebervertragsrecht im Lichte der Verhaltensökonomik. INTERGU-Tagung 2009, Berlin 2010, S. 153–166.

*Ders.:* Die Rechte der Urheber und ausübenden Künstler im Arbeits- und Dienstverhältnis. Ein Handbuch für die Praxis, Berlin 1993.

*Ders.:* Grundsätze der Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, NJW 2019, S. 1841–1847.

*Ders.*: Reform des Urhebervertragsrechts aus Sicht der ausübenden Künstler, ZUM 2015, S. 488–495.

*Ders.*: Urheberrecht, 7. Aufl., Berlin/Boston 2019.

*Ders.*: Zu einigen leistungsschutzrechtlichen Aspekten im Bühnenarbeitsrecht, ZUM 1993, S. 163–168.

*Ders.*: Zum Bühnentarifvertrag und zu den Leistungsschutzrechten der ausübenden Künstler im Lichte der Urheberrechtsreform 2003, ZUM 2004, S. 505–511.

*Ders.*: Zum Vergütungsanspruch des Urhebers im Arbeitsverhältnis, GRUR 1992, S. 139–144.

*Ders./Bullinger, Winfried* (Hrsg.): Praxiskommentar zum Urheberrecht, 5. Aufl., München 2019.

*Ders./Hauck, Ronny*: Ein neues Haftungssystem im Urheberrecht – Zur Umsetzung von Art. 17 DSM-RL in einem „Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz“. Kommentar zum Diskussionsentwurf des BMJV v. 24.6.2020 zu einem Zweiten Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, ZUM 2020, S. 671–681.

*Ders./Leidl, Laura*: Zur Kündigung gemeinsamer Vergütungsregeln (GVR), ZUM 2017, S. 609–615.

*Ders./Leinemann, Caroline*: Anmerkung zu Kammergericht, Urteil vom 29. Juni 2011 – 24 U 2/10, ZUM 2011, S. 746–748.

*Weiß, Christian*: Der Künstlerexklusivvertrag, München 2009.

*Wiechmann, Peter*: Video-on-Demand als verlängertes Senderecht oder eigenständige Verwertungsart? Medienrechtliche und urheberrechtliche Aspekte, ZUM 2014, S. 764–772.

*Wielsch, Dan*: Relationales Urheberrecht. Die vielen Umwelten des Urheberrechts, in: Michael Grünberger/Stefan Leible (Hrsg.): Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten, Tübingen 2014, S. 61–99.

*Ders.*: Zugangsregeln. Die Rechtsverfassung der Wissensteilung, Tübingen 2008.

*Wild, Gregor*: Die künstlerische Darbietung und ihre Abgrenzung zum urheberrechtlichen Werkschaffen, Freiburg (Schweiz) 2001.

*Ders./Salagean, Emil*: Das Zusammenfallen von Werkschöpfung und Werkdarbietung. Im deutschen und schweizerischen Urheberrecht, ZUM 2008, S. 580–587.

*Will-Flatau, Susanne*: Rechtsbeziehung zwischen Tonträgerproduzent und Interpret aufgrund eines Künstlerexklusivvertrages, Hamburg 1990.

*Wimmers, Jörg/Barudi, Malek*: Der Mythos vom Value Gap. Kritik zur behaupteten Wertschöpfungslücke bei der Nutzung urheberrechtlich geschützter Inhalte auf Hosting-Diensten, GRUR 2017, S. 327–338.

*Zachow, Sebastian*: Die Pauschalvergütung des Urhebers im digitalen Zeitalter, Hamburg 2013.

*Zentek, Sabine*: Anmerkung zu OLG Naumburg, Urteil vom 7. April 2005 – 10 U 7/04, ZUM 2005, 759 ff. Erste Entscheidung zum § 32 a UrhG – Eine Enttäuschung, ZUM 2006, S. 117–121.

*Zirkel, Markus*: Das neue Urhebervertragsrecht und der angestellte Urheber, WRP 2003, S. 59-65.

*Ders.*: Das Recht des angestellten Urhebers und das EU-Recht. Rechtsangleichung und Systembrüche dargestellt am Beispiel des angestellten Softwareentwicklers, Stuttgart 2002.

*Ders.*: Der angestellte Urheber und § 31 Abs. 4 UrhG, ZUM 2004, S. 626–634.

*Zwengel, Wolfgang*: Kulturflatrates. Vergütungsmechanismen für netzbasierte Nutzungen urheberrechtlicher Schutzgegenstände, Baden-Baden 2012.